

Münchener Universitätsschriften

Reihe der Juristischen Fakultät

Herausgegeben

im Auftrag der Juristischen Fakultät

von

Peter Lerche, Werner Lorenz, Claus Roxin

Band 39

Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen

Eine Untersuchung zur Rechtsfortbildung
auf dem Gebiet der materiellen Leistungserschwerung,
Zweckstörung sowie Schadensersatzhaftung
bei Sach- und Dienstleistungen

von

DR. JUR. INGO KOLLER

Professor an der Universität Passau



C.H.BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG
MÜNCHEN 1979

3119 2930 120

Univ.-Bibliothek
Regensburg

3119 2930

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Koller, Ingo:

Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in
Austauschverträgen: e. Unters. zur Rechtsfortbildung
auf d. Gebiet d. materiellen Leistungsschwerung,
Zweckstörung sowie Schadenersatzhaftung
bei Sach- u. Dienstleistungen/von Ingo Koller. -
München: Beck, 1979.

(Münchener Universitätsschriften: Reihe d.

Jur. Fak.; Bd. 39)

ISBN 3 406 05439 0

ISBN 3 406 05439 0

© 1979 C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung (Oscar Beck) München

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät der
Ludwig-Maximilians-Universität München
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Satz und Druck der C. H. Beck'schen Buchdruckerei Nördlingen

Vorwort

Das Recht der Vertragsstörungen ist seit der Kodifikation des BGB immer stärker differenziert und dadurch äußerst unübersichtlich geworden. Die hier vorliegende Untersuchung hat sich das Ziel gesetzt, das Recht der „Leistungsstörung im weitesten Sinne“ wieder etwas durchsichtiger zu machen, ohne das inzwischen erreichte Maß an Sicherung der Individualgerechtigkeit aus den Augen zu verlieren. Sie knüpft, um dieses Ziel zu erreichen, nicht an die gesetzlich fixierten Störungsformen, wie Unmöglichkeit, oder an die praeter legem entwickelten Störungsformen, wie Wegfall der Geschäftsgrundlagen, an. Ansatzpunkt ist vielmehr die Frage nach den die Risikozurechnung tragenden Prinzipien. Diesen Prinzipien wird – beschränkt auf die wesentlichsten Austauschverträge – im Bereich der Unmöglichkeit, des Unvermögens, der Geschäftsgrundlagen-Figur, aber auch der Beschaffungspflicht bei Gattungsschulden, des Annahmeverzuges, der Gewährleistung sowie des arbeitsrechtlichen Betriebsrisikos und der Figur „schadensgeneigte“ Arbeit nachgegangen und es wird versucht, auf ihrer Grundlage überzeugendere und klarere Lösungen zu entwickeln.

Die Untersuchung lag im Sommersemester 1977 der Ludwig-Maximilians-Universität München als Habilitationsschrift vor. Sie wurde von meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Claus-Wilhelm Canaris, angelegt und betreut. Hierfür sowie für die vielfältige wissenschaftliche und persönliche Förderung, die mir während meiner Assistententätigkeit an seinem Lehrstuhl zuteil wurde, darf ich mich an dieser Stelle herzlich bedanken. Mein besonderer Dank gilt ferner dem Korreferenten der Arbeit, Herrn Prof. Dr. Goetz Hueck, für zahlreiche wertvolle Hinweise. Schließlich darf ich den Herren Prof. Dr. Dr. Klaus Hopt, Dr. Leenen und Dr. Prölss danken, deren Diskussionsbeiträge und Kritik dem Verfasser sehr geholfen haben, seine Thesen schärfer herauszuarbeiten.

Passau, im Februar 1979

Ingo Koller

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|---|
| Einleitung | 1 |
| I. Problemstellung | 1 |
| 1. Der Begriff des Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisikos | 1 |
| 2. Die ursprüngliche Risikoverteilungskonzeption des BGB und ihre Durchbrechungen | 2 |
| II. Abgrenzung des Themas | 4 |
| 1. Merkmal „Materielle Aufwandserhöhung“ | 4 |
| 2. Merkmal „Austauschverträge“ | 4 |
| 3. Merkmal „Sach- und Dienstleistungen“ | 5 |
| III. Gang der Untersuchung | 6 |

Erstes Kapitel

Die Risikoverteilung anhand des Unmöglichkeitsgedankens und ihre Durchbrechung im Rahmen der Rechtsfortbildung

| | |
|--|----|
| § 1 Die Risikoverteilung anhand des Unmöglichkeitsgedankens und die materielle Vertragsgerechtigkeit | 7 |
| I. Die Gefahr nutzlosen Aufwandes bei Primärzweckstörungen und § 323 I BGB (Preisgefahr) | 9 |
| II. Die Verteilung des Risikos der Aufwandserhöhung | 13 |
| § 2 Kritische Betrachtung der Ansätze zur Rechtsfortbildung | 17 |
| I. Die Lösungsansätze auf psychologischer Grundlage | 19 |
| 1. Der psychologisierende Ausgangspunkt Oertmanns | 19 |
| 2. Der Ansatz Schmidt-Rimplers | 20 |
| II. Die Lösungsansätze mit Hilfe von normativen Kriterien | 22 |
| 1. Die „Erkennbarkeit“ von Planungsfaktoren für den Vertragspartner | 22 |
| 2. Die Gemeinsamkeit von Fehlvorstellungen | 25 |
| 3. Das Verbot des venire contra factum proprium | 30 |
| 4. Maßstäbe für das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung | 32 |
| a) Der „Sinn des Versprechens“ als Risikoverteilungselement | 32 |
| b) Auslegung des Vertrages | 34 |
| c) Die Formel von der „redlichen Denkweise“ | 39 |
| d) Die schwere Äquivalenzstörung | 39 |
| e) Die Verteilung des Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisikos in umfassender Interessenabwägung | 44 |
| f) Zusammenfassung | 48 |
| 5. Primär am Risikogedanken orientierte Lösungsansätze | 48 |
| a) Die Opfergrenzen-Theorien | 49 |
| b) Die Gefahr der Fehlplanung und vertragliche Risikoordnung | 51 |

| | |
|---|-----|
| c) Risikozurechnung | 53 |
| aa) Verschuldensabhängige Risikozurechnung S. 54; bb) Die „Auswirkungen“-Theorien S. 62; cc) Das „Ursprungs-Kriterium“ S. 66; dd) Die „Veranlassungs“-Theorien S. 70 | |
| § 3 Zusammenfassung | 74 |
| Zweites Kapitel | |
| Abstrakte Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteilige Veranlassung als Zurechnungselemente im System der Verteilung von Risiken planungswidrigen Aufwandes sowie von Zweckstörungsrisiken | 77 |
| § 1 Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit | 78 |
| I. Legitimation und Aufgabe des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit | 78 |
| II. Der Adressat der Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit | 84 |
| III. Die Intensität der Zurechnung | 87 |
| IV. Immanente Grenzen der abstrakten Beherrschbarkeit | 88 |
| § 2 Das Absorptionsprinzip | 89 |
| I. Legitimation und Aufgabe des Absorptionsprinzips | 89 |
| II. Der Adressat des Absorptionsprinzips | 91 |
| III. Stellenwert des Absorptionsprinzips im Verhältnis zum Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit | 94 |
| IV. Immanente Grenzen des Absorptionsprinzips | 95 |
| § 3 Das Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung | 95 |
| § 4 Zusammenfassung | 97 |
| Drittes Kapitel | |
| Die Prinzipien abstrakter Beherrschbarkeit, Absorption sowie arbeitsteiliger Veranlassung als anerkannte Risikozurechnungsgründe | 99 |
| § 1 Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit | 100 |
| I. Abstrakte Beherrschbarkeit und Risiko planungswidrigen Aufwandes (Aufwandserhöhung – Schadensersatz) | 100 |
| 1. Der Einfluß der abstrakten Beherrschbarkeit auf die Verteilung gegenwartsbezogener Risiken planungswidrigen Aufwandes | 100 |
| a) § 306 BGB | 100 |
| b) § 437 BGB | 104 |
| c) Die Restriktion des § 437 I BGB | 107 |
| d) § 436 BGB | 112 |
| e) § 439 I BGB | 113 |
| f) § 459 I BGB | 115 |
| 2. Der Einfluß der abstrakten Beherrschbarkeit auf die Verteilung zukunftsbezogener Risiken planungswidrigen Aufwandes (Aufwandserhöhung und Schadensersatz) | 119 |

| | |
|--|-----|
| a) §§ 454 HGB, 82 ff EVO, 28 ff KVO, 9 Möbeltarif, 701 f BGB | 120 |
| b) § 304 i. V. m. §§ 293 ff, 615, 642 BGB, 572 ff, 594 ff, 666 HGB, 29 ff, 48 ff BSchG, 80 VIII, XIV EVO, 25 IV KVO | 132 |
| c) § 243 II i. V. m. § 275 BGB | 134 |
| d) §§ 629 ff HGB | 138 |
| II. Abstrakte Beherrschbarkeit und das Risiko sinnlosen Aufwandes bei Zweckstö- rungen (Preisgefahr) | 139 |
| a) § 306 BGB | 141 |
| b) § 459 I BGB | 142 |
| aa) Die Deutung der ratio des § 459 I BGB in der Literatur S. 143. bb) Die Bedeutung des Veranlassungs- und Beherrschbarkeitsprinzips für die Deutung der ratio des § 459 I BGB S. 147 | |
| c) § 446 I i. V. m. §§ 323 I, 459 I BGB | 152 |
| d) § 552 BGB | 156 |
| e) § 645 I BGB | 157 |
| aa) Wurzeln des § 645 I BGB S. 157; bb) Die Deutung des § 645 I BGB in Literatur und Rechtsprechung S. 159; cc) Der Beherrschbarkeitsgedanke in Fällen anfänglicher Stoffmängel S. 160; dd) Der Beherrschbarkeitsgedanke in Fällen nachträglicher Stoffmängel S. 160; ee) Die Relevanz der Sachkunde des Unternehmers S. 161; ff) Die Gefahr einer Externalisierung von Risiken S. 163; gg) Die Bedeutung des Veranlassungsgedankens für die Risikoverteilung S. 165; hh) Die Rolle des Beherrschbarkeitsgedankens bei fehlerhaften Anwei- sungen S. 165; ii) Ergebnis S. 166 | |
| f) §§ 618, 667 HGB, 65 BSchG | 167 |
| g) Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen | 169 |
| h) Die Haftung für die Bonität beim Verkauf von Forderungen | 171 |
| i) § 447 BGB | 172 |
| III. Zusammenfassung | 176 |
| § 2 Das Absorptionsprinzip | 178 |
| I. Die Zurechnung des Risikos an den Gläubiger mangels eines Absorptionsvor- sprunges des Schuldners | 179 |
| a) §§ 293 ff, 324 II, 615, 642 BGB, §§ 572 ff, 594 ff, 666 HGB sowie die §§ 552, 645 BGB, 618, 667 HGB | 179 |
| aa) Absorptionsvorsprung des Gläubigers bzw. gleich gute Absorptionsmö- glichkeiten beider Parteien S. 180; bb) Verhinderung einer Externalisierung von Risiken S. 181; cc) Ergebnis S. 183 | |
| b) § 447 BGB | 184 |
| c) Bonitätsrisiko beim Verkauf von Forderungen | 184 |
| II. Die Zurechnung des Risikos an den Schuldner aufgrund besserer Absorptions- möglichkeiten | 186 |
| a) Untergang der vom Schuldner zur Leistung eingesetzten Hilfsmittel | 186 |
| b) Beschädigung bzw. Zerstörung des Mietobjektes | 188 |
| § 3 Das Prinzip arbeitsteiliger Veranlassung | 190 |
| I. Der Veranlassungsgedanke im Rahmen von Gesellschaftsverträgen (§ 110 HGB) | 191 |

| | |
|---|------------|
| II. Der Veranlassungsgedanke in bürgerlich-rechtlichen Austauschverträgen | 193 |
| a) Kritik der in der Literatur vertretenen Ansichten | 193 |
| b) Die Bedeutung des Veranlassungsprinzips für die ratio der Vorschriften über den Annahmeverzug und für § 645 BGB | 196 |
| c) Die Bedeutung des Veranlassungsprinzips für die ratio des § 552 BGB | 197 |
| III. Der Veranlassungsgedanke in schiffahrts- und versicherungsrechtlichen Normen | 201 |
| § 4 Zusammenfassung | 204 |

Viertes Kapitel

| | |
|--|------------|
| Die Verteilung des Aufwandserhöhungs-, Schadensersatz- und Zweckstörungsrisikos bei Austauschverträgen mit Ausnahme der Arbeitsverhältnisse | 207 |
|--|------------|

| | |
|--|------------|
| § 1 Das Risiko planungswidrigen Aufwandes infolge einer Fehleinschätzung der zukünftigen Entwicklung | 209 |
| I. Die Grundstrukturen der Verteilung des Risikos planungswidrigen Aufwandes (Leistungserschwerung und Schadensersatz) am Beispiel des Kauf- und Werklieferungsvertrages | 211 |
| 1. Die Zurechnung des Risikos an den Schuldner im Falle der Erhöhung des zur Erfüllung „in natura“ erforderlichen Aufwandes | 211 |
| aa) Der Organisation des Schuldners entspringende Störungen S. 211; bb) Störungen durch Marktänderungen S. 211; cc) Von außen unmittelbar einwirkende Störungen, insbesondere in Form hoheitlicher Maßnahmen S. 212; dd) Überprüfung der Zurechnungskriterien anhand der höchstrich- terlichen Rechtsprechung S. 213 | |
| 2. Grenzen der Zurechnung aufgrund mangelnder Beherrschbarkeit bzw. Absor- bierbarkeit des Risikos | 217 |
| a) Die Bedeutung der „Vorhersehbarkeit“ für die Begrenzung der Risiko- zurechnung | 217 |
| aa) Das Kriterium „Vorhersehbarkeit“ S. 217; bb) Die Bedeutung der „Vor- hersehbarkeit“ bei Gefahren, die dem Organisationsbereich des Schuldners entspringen S. 223; cc) Die Bedeutung der „Vorhersehbarkeit“ bei Gefah- ren, die „von außen“ kommen S. 224; dd) Die „Unvorhersehbarkeit“ des Ausmaßes der Störung S. 228 | |
| b) Die Entlastung des Schuldners trotz „Vorhersehbarkeit“ des Risikos | 232 |
| c) Die Belastung des Schuldners trotz „Unvorhersehbarkeit“ des Risikos | 232 |
| aa) Liquiditätsrisiken S. 232; bb) Verlustkompensation S. 234 | |
| 3. Die Entlastung des Schuldners bei gleichwertigen oder besseren Beherr- schungs- bzw. Absorptionsmöglichkeiten des Gläubigers | 235 |
| 4. Das Verschuldensprinzip als Zurechnungsgrenze bei Schadensersatzpflichten | 236 |
| 5. Rechtsfolgen | 240 |
| II. Werkvertrag | 244 |
| 1. Die Zurechnung des Risikos an den Schuldner | 244 |
| 2. Die Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit des Risikos durch den Besteller | 245 |
| a) Die Unzulänglichkeit der §§ 642, 645 BGB | 245 |
| b) Risikobelastung des Bestellers bei eigenem Fehlverhalten | 246 |

| | |
|---|------------|
| c) Fehler des vom Besteller zu liefernden Leistungssubstrates | 247 |
| d) Störung aus der neutralen Sphäre | 247 |
| 3. Rechtsfolgen | 250 |
| III. Miete | 250 |
| 1. Die Zurechnung vorhersehbarer Risiken an den Vermieter | 251 |
| 2. Die Zurechnung unvorhersehbarer Risiken | 252 |
| 3. Der Einfluß des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips auf Vereinbarungen, die vom dispositiven Recht abweichen | 253 |
| 4. Rechtsfolgen | 255 |
| IV. Darlehen | 256 |
| 1. Die Lösungsvorschläge der Literatur bei einer Unmöglichkeit der Rückerstat- tung | 256 |
| 2. Die Risikoverteilung auf der Grundlage des Veranlassungs-, Beherrschbar- keits- und Absorptionsprinzips | 257 |
| 3. Zusammenfassung | 259 |
| V. Vertrag über die Bestellung von Sicherheiten | 259 |
| 1. Die Veranlassung eines Risikos planungswidrigen Aufwandes | 260 |
| 2. Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit des Risikos planungswidrigen Auf- wandes durch den Sicherungsgeber | 261 |
| VI. Zusammenfassung | 263 |
| § 2 Das Risiko planungswidrigen Aufwandes infolge unzulänglicher Berücksichtigung von Gegenwartsfaktoren | 264 |
| I. Der planungswidrige Aufwand in Form einer Schadensersatzpflicht | 265 |
| 1. Das anfängliche Unvermögen | 265 |
| a) Streitstand und Kritik | 265 |
| b) Haftung für anfängliches Unvermögen auf der Basis des Versprechens und der abstrakten Beherrschbarkeit | 269 |
| 2. Ausdehnung der Haftung auf Schadensersatz im Bereich der objektiven Un- möglichkeit | 277 |
| 3. Restriktion der Schadensersatzhaftung | 277 |
| II. Planungswidriger Aufwand in Form der Aufwandserhöhung | 278 |
| III. Zusammenfassung | 279 |
| § 3 Primärzweckstörungen und die Gefahr nutzloser Investitionen (Preisgefahr) | 280 |
| I. Miete | 281 |
| 1. Die Zurechnung des Risikos an den Vermieter bei nachträglicher Unmöglichkeit | 282 |
| 2. Die Zurechnung des Risikos an den Mieter bei nachträglicher Unmöglichkeit | 284 |
| 3. Die Preisgefahr bei anfänglicher Unmöglichkeit | 285 |
| 4. Rechtsfolgen | 287 |
| II. Werkvertrag | 287 |
| 1. Die Belastung des Unternehmers mit dem Aufwandsrisiko bei nachträglicher Unmöglichkeit bzw. Verschlechterung der Werkleistung | 288 |

| | |
|---|-----|
| 2. Die Belastung des Bestellers mit dem Aufwandsrisiko bei nachträglicher Unmöglichkeit oder Verschlechterung der Werkleistung | 289 |
| 3. Die Preisgefahr bei anfänglicher Unmöglichkeit | 294 |
| 4. Rechtsfolgen | 294 |
| III. Dienstvertrag | 297 |
| 1. Dem Schuldner zuzurechnende Risiken (Preisgefahr) | 297 |
| 2. Dem Dienstberechtigten zuzurechnende Risiken (Preisgefahr) | 300 |
| 3. Rechtsfolgen | 300 |
| IV. Kaufvertrag | 302 |
| 1. Zurechnung der Preisgefahr an den Verkäufer | 302 |
| 2. Zurechnung der Preisgefahr an den Käufer | 304 |
| V. Zusammenfassung | 306 |
| § 4 Das Aufwandsrisiko (Preisgefahr) bei Störungen der Verwendungsplanung (Sekundärzweckstörung) | 306 |
| I. Die Zurechnung des Risikos an den Gläubiger | 307 |
| 1. Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung des Verwenders (Gläubigers) | 308 |
| a) Gefahren, die der Sphäre des Verwenders entspringen | 308 |
| b) „Von außen“ kommende Störungen, die sich zuerst auf die Sphäre des Verwenders auswirken | 308 |
| 2. Gleiche Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten von Schuldner und Gläubiger | 311 |
| a) Die Veranlassung der Gefahr | 311 |
| b) Fälle heterogener Sekundärzweckstörungen | 314 |
| 3. Zusammenfassung | 320 |
| II. Die Zurechnung des Sekundärzweckstörungsrisikos an den Schuldner | 321 |
| 1. Homogene Sekundärzweck- und Äquivalenzstörungen, die von beiden Parteien gleich gut beherrscht bzw. aufgefangen werden können | 321 |
| a) Das Kriterium der homogenen Verwendungsstörung | 321 |
| aa) Fehlen der Veranlassung S. 321; bb) Auseinandersetzung mit den in der Literatur vorgetragenen Entscheidungskriterien S. 324 | |
| b) Unvorhersehbarkeit der Verwendungsstörung als Kriterium einer relevanten subjektiven Äquivalenzstörung | 328 |
| aa) Unvorhersehbarkeit S. 328; bb) Ausnahme S. 330; cc) Fallanalyse S. 331 | |
| c) Abgrenzung | 334 |
| 2. Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Schuldners | 338 |
| a) Störungen aus der Sphäre des Schuldners | 340 |
| b) Störungen aus der neutralen Sphäre | 342 |
| aa) Verkauf von Mitgliedschaftsrechten S. 342; bb) Hoheitliche Bauverbote beim Verkauf von Grundstücken S. 344; cc) Einflußnahme des Schuldners auf die Verwendungsplanung S. 347; dd) Finanzierte Abzahlungsgeschäfte S. 351 | |
| 3. Rechtsfolgen | 358 |
| a) Zurechnung des Risikos an den Schuldner aufgrund eines Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprungs | 358 |

| | |
|--|------------|
| b) Homogene, unvorhersehbare Verwendungs- und Äquivalenzstörungen . . . | 361 |
| aa) Vor Erbringung der Leistung S. 361; bb) Nach Erbringung der Leistung S. 361 | |
| III. Rücktritt vom Vertrag wegen Sekundärzweckstörungen bei infungiblen Leistungen, die dem Verwender zuzurechnen sind | 363 |
| IV. Zusammenfassung | 368 |
| § 5 Störungen des Schuldnerinteresses am Vertrag bei Unerreichbarkeit des weiteren mit der Sach- bzw. Dienstleistung verfolgten Zweckes | 368 |
| I. Tragweite des § 812 I 2 2. Alt. BGB | 369 |
| II. Die Korrektur des § 812 I 2 2. Alt. BGB | 372 |
| III. Abgrenzung zu verwandten Äquivalenzstörungen | 374 |
| § 6 Die Leistungserleichterung und die erhöhte Nutzbarkeit der Leistung | 375 |
| I. Leistungserleichterung | 376 |
| II. Die erhöhte Nutzbarkeit der Leistung | 377 |
| § 7 Die Bedeutung der „Gemeinsamkeit“ von Fehlvorstellungen bei Leistungerschwerungs-, Zweckstörungs- und sonstigen Äquivalenzstörungsrisiken | 378 |
| Fünftes Kapitel | |
| Planungswidriger Aufwand und Zweckstörung in Arbeitsverhältnissen | 383 |
| § 1 Die Eigenständigkeit der arbeitsrechtlichen Risikoverteilung | 383 |
| I. Das Risiko der gefahrgeneigten Tätigkeit aus der Perspektive des „Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- sowie Absorptionsprinzips“ | 383 |
| II. Das Primärzweckstörungsrisiko und das sog. Betriebsrisiko | 390 |
| § 2 Der arbeitsrechtliche Schutzgedanke | 393 |
| I. Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers | 394 |
| II. Die Remedien | 397 |
| III. Die ratio der arbeitsrechtlichen Schutzgesetzgebung auf wirtschaftlichem Gebiet | 398 |
| § 3 Das Zusammenspiel von Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip mit dem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken bei der Zuordnung von Schadenser-satz- und Zweckstörungsrisiken | 403 |
| I. Die Risikoverteilung bei gefahrgeneigter Tätigkeit | 403 |
| 1. Die gefahrgeneigte Tätigkeit im Rahmen von Arbeitsverhältnissen | 403 |
| a) Materielle Äquivalenz und Risikozurechnung | 403 |
| b) Die Ausgestaltung des Haftungsprivilegs des Arbeitnehmers | 406 |
| 2. Die gefahrgeneigte Tätigkeit selbständig beschäftigter Dienst- und Werkver-tragsschuldner | 414 |

| | |
|---|------------|
| II. Die Risikohaftung des Arbeitgebers bei Schäden an Sachen des Arbeitnehmers . . | 418 |
| III. Die Verteilung des sog. Betriebsrisikos unter Ausschluß der Arbeitskampf- problematik | 423 |
| 1. Die Verteilung des Risikos nach allgemeinen Grundsätzen | 423 |
| 2. Der Einfluß des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens | 425 |
| 3. Rechtsfolgen | 432 |
| § 4 Zusammenfassung | 433 |
| Ergebnisse | 435 |
| Literaturverzeichnis | 451 |
| Sachverzeichnis | 467 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------------|---|
| aaO | am angegebenen Ort |
| a. A. | anderer Ansicht |
| Abt | Abteilung |
| AbZG | Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 94, RGBI 450, BGBl III 4 Nr. 402 – 2 |
| AcP | Archiv für die zivilistische Praxis |
| ADHGB | Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch |
| ADSp | Allgemeine Deutsche Spediteurbedingungen |
| a. F. | alte Fassung |
| AG | Amtsgericht |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| Anm | Anmerkung |
| AP | Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichts (bis 1954 Zeitschrift: Arbeitsrechtliche Praxis, Jahrgang und Seite; seit 1954 Gesetzesstelle und Entscheidungsnummern) |
| AR-Blattei | Arbeitsrecht-Blattei, Handbuch für die Arbeitsrechtspraxis |
| ArbR | Arbeitsrecht |
| ArchBürgR | Archiv für bürgerliches Recht (Band und Seite) |
| ARS | Arbeitsrecht-Sammlung (Band und Seite) |
| ARSt | Arbeitsrecht in Stichworten |
| AT | Allgemeiner Teil |
| Aufl | Auflage |
| AuR | Arbeit und Recht, Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis |
| BAG | Bundesarbeitsgericht |
| BAGE | Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite) |
| BauR | Baurecht |
| BayObLGZ | Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungssammlung in Zivilsachen (Jahr und Seite) |
| BB | Betriebsberater |
| Bd | Band |
| bes | besonders |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGBI | Bundesgesetzblatt |
| BGH | Bundesgerichtshof |
| BGHZ | Bundesgerichtshof, Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite) |
| BschG | Binnenschiffahrtsgesetz |
| BT | Bundestag |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| bzw | beziehungsweise |
| DAR | Deutsche Außenwirtschafts-Rundschau (Jahr und Seite) |
| DB | Der Betrieb (Jahr und Seite) |
| ders | derselbe |
| d. h. | das heißt |
| Diss | Dissertation |
| DJ | Deutsche Justiz (Jahr und Seite) |
| DJT | Deutscher Juristentag |
| DJZ | Deutsche Juristen-Zeitung (Jahr und Seite) |

| | |
|-----------------|--|
| DNotZ | Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite) |
| EE | Eisenbahnrechtliche Entscheidungen des Reichsgerichtes |
| EKG | Einheitliches Gesetz über den Abschluß von internen Kaufverträgen über bewegliche Sachen v. 17. 7. 73, BGBl. I, 856 |
| EVO | Eisenbahnverkehrsordnung v. 8. 8. 38, RGBl II 663, BGBl III 9 Nr. 934 – 1 |
| ff | folgende |
| Fn | Fußnote |
| GG | Geschäftsgrundlage |
| GoA | Geschäftsführung ohne Auftrag |
| Gruch | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite) |
| GrünhZ | Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut |
| GRUR | Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr und Seite) |
| GWB | Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen id. F. v. 4. 4. 74, BGBl I 869 |
| HaftPflG | Haftpflichtgesetz v. 4. 1. 78, BGBl I 145 |
| HdSW | Handwörterbuch der Sozialwissenschaften |
| HEZ | Höchststrichterliche Entscheidungen; Sammlung von Entscheidungen der Oberlandesgerichte und der obersten Gerichte in Zivilsachen (Band und Seite) |
| HGB | Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 97, RGBl 219, BGBl III 4 Nr. 4100 – 1 |
| h.M. | Herrschende Meinung |
| HRR | Höchststrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.) |
| i.E. | im Ergebnis |
| JherJb | Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts |
| JR | Juristische Rundschau (Jahr und Seite) |
| Jur. Blätter | Juristische Blätter (Jahr und Seite) |
| JuS | Juristische Schulung (Jahr und Seite) |
| JW | Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite) |
| JZ | Juristen-Zeitung (Jahr und Seite) |
| Kap | Kapitel |
| KFZ | Kraftfahrzeug |
| KG | Kammergericht |
| KSchG | Kündigungsschutzgesetz v. 25. 8. 69, BGBl I 1317, BGBl III 8 Nr. 800–2 |
| KVO | Kraftverkehrsordnung für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen (Beförderungsbedingungen) i. d. F. v. 23. 12. 58, BAuZ 31. 12. 58 Nr. 249 (mehrere Änderungen) |
| LAG | Landesarbeitsgericht |
| LandpachtG | Landpachtgesetz v. 25. 6. 52, BGBl I 343, BGBl III 7 Nr. 7813 – 2 |
| LG | Landgericht |
| LM | Lindenmaier – Möhring |
| LuftVG | Luftverkehrsgesetz i. d. F. v. 4. 11. 68, BGBl I 1113, BGBl III 9 Nr. 96 – 1 |
| LZ | Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite) |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite) |
| Mot | Motive zum BGB |
| MuSchG | Gesetz zum Schutz der erwerbstätigen Mutter i. d. F. v. 18. 4. 68, BGBl 315 |
| MuW | Markenschutz und Wettbewerb (Jahr und Seite) |
| m. weit. Nachw. | mit weiteren Nachweisen |

| | |
|--------------|--|
| n.F. | neue Fassung |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite) |
| OGHZ | Oberster Gerichtshof für die britische Zone; Sammlung der Entscheidungen für Zivilsachen (Band und Seite) |
| OLG | Oberlandesgericht |
| OLGZ | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahrgang und Seite) |
| PatG | Patentgesetz i.d.F. v. 2. 1. 68, BGBl I 2, BGBl III |
| Prot | Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB |
| RabelsZ | Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel (Jahr und Seite) |
| RAG | Reichsarbeitsgericht |
| RdA | Recht der Arbeit (Jahr und Seite) |
| RG | Reichsgericht |
| RGRK | Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern |
| RGZ | Reichsgericht, amtliche Sammlung der Reichsgerichtsrechtsprechung in Zivilsachen (Band und Seite) |
| RheinZt | Rheinische Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeßrecht (1909–1925/26) (Band und Seite) |
| S | Seite |
| SAE | Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Vereinigung der Arbeitgeberverbände |
| SchR | Schuldrecht |
| Schwbg | Schwerbehindertengesetz v. 29. 4. 74, BGBl I 1005 |
| SeuffA | Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nr.) |
| SJZ | Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Seite, ab 47 Spalte) ab 1. 1. 51 in die Juristenzeitung übergeleitet |
| sog | sogenannt |
| StudK | Studienkommentar |
| StVG | Straßenverkehrsgesetz v. 19. 12. 52, BGBl I 837, BGBl III 9 Nr. 9233 – 1 |
| v.c.f.p. | venire contra factum proprium |
| Verf | Verfasser |
| VersR | Versicherungsrecht-Juristische Rundschau für die Individualversicherung (Jahr und Seite) |
| vgl | vergleiche |
| VO | Verordnung |
| VOB | Verdingungsordnung für Bauleistungen, Fassung 1973, BAuZ 1973, Beilage zu Nr. 216 |
| Vorbem | Vorbemerkung |
| VVG | Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08, RGBl 263 |
| Warn = WarnR | Warney, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts (Jahr und Seite) |
| WM | Wertpapiermitteilungen |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr und Seite) |
| z | zum |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZfA | Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite) |
| ZGR | Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite) |
| ZHR | Zentralblatt für Handelsrecht (Jahr und Seite) |
| ZRP | Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr und Seite) |
| zutr | zutreffend |

Einleitung

I. Problemstellung

1. Der Begriff des Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisikos

Austauschverträge dienen in einer Verkehrswirtschaft der wechselseitigen Bedürfnisbefriedigung nach selbstverantwortlich gesetzten Maßstäben und Zielen. Wie jedem auf Bedarfsdeckung gerichteten Wirtschaften liegt auch ihnen ein Planungsvorgang zugrunde. So plant der anbietende Teil im wesentlichen den Leistungserbringungsprozeß, d.h. wie und mit welchen Mitteln dem Vertragspartner das in Aussicht gestellte Gut verschafft werden soll. Der Vertragspartner plant – von der Erbringung der Gegenleistung abgesehen – seinen Einsatz zur Deckung des Bedarfes. Auch diese Planung enthält eine Vielzahl von Zwischengliedern. Sie beginnt mit der Empfangnahme der Leistung und setzt sich in der Entscheidung über die Art und Weise ihrer Verwendung fort. Ihr Ziel ist die Befriedigung des als am dringlichsten erkannten Bedürfnisses. Diese Planungen können mehr oder minder detailliert sein, – fehlen werden sie nie ganz; denn jeder Vertragspartner wird in seiner Rolle als Nachfrager den Empfang der Leistung und das Ziel ihrer Verwendung einplanen. Umgekehrt wird sich der Anbieter der Leistung zumindest in groben Umrissen überlegen, welcher Weg einzuschlagen ist, um die Leistung zu erbringen, da kaum anzunehmen ist, daß ein Vertragsteil die subjektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bejahen wird, ohne vorher den für die Leistung erforderlichen Aufwand überschlagen zu haben.

Die Situation, in der die Planung erfolgt, ist durch Ungewißheit gekennzeichnet. Der Planende wird nämlich kaum jemals alle der Gegenwart oder Vergangenheit angehörenden Daten, die für seine Planung von Bedeutung sind, in Erfahrung bringen. Erst recht besitzt er keine exakten Kenntnisse über die zukünftigen Ereignisse, die für die Erreichung seiner Ziele erheblich sind. Aus dieser Unsicherheit über die Deckung von Plandaten und faktischen Daten resultiert die Gefahr einer Fehlentscheidung. Die *Möglichkeit einer Planabweichung* läßt – mit anderen Worten – das mit einer zielgerichteten Entscheidung regelmäßig verbundene *Risiko*¹ entstehen.

Bei Austauschverträgen schlägt es sich unter anderem in der Form von Risiken der Aufwandserhöhung oder des Schadensersatzes nieder. Dabei wird unter materiellem Risiko der Aufwandserhöhung die Gefahr verstanden, daß der Schuldner genötigt ist, aufgrund von Ereignissen, die er nicht eingeplant hat, höhere oder andere Aufwendungen an sachlichen bzw. personellen Mitteln zu machen, als er im Rahmen seiner Planung beabsichtigt hatte. Das Risiko einer Zweckstörung entsteht

¹ *Philipp*, Risiko und Risikopolitik, S. 13; *Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, S. 139ff; *Krelle*, Preistheorie, S. 391.

durch die Gefahr, daß der Gläubiger die ihm im Vertrag in Aussicht gestellte Leistung nicht erhält oder die Leistung nicht so verwenden kann, wie er geplant hatte. Im Anschluß an Köhler² wird deshalb die Unmöglichkeit der Leistung als Primärzweckstörung bezeichnet, da jeder der Vertragspartner mit dem Austausch zunächst den Erhalt der Leistung bezweckt und dieses Datum *am Beginn* der auf die Bedarfsdeckung gerichteten Verwendungsplanung steht. Die vom Leistungsempfänger mit der Leistung angestrebten Ziele stellen die Sekundärzwecke dar. Können diese Ziele nicht erreicht werden, weil ein als für die Nutzung der Leistung erheblich einplanter Faktor von Anfang an nicht existiert oder die zukünftige Entwicklung von den in der Planung angenommenen Daten abweicht, so verwirklicht sich ein Sekundärzweckstörungsrisiko.

2. Die ursprüngliche Risikoverteilungskonzeption des BGB und ihre Durchbrechungen

Für die Fälle, in denen die Störung der Planung nicht durch einen Sorgfaltsverstoß einer der Vertragspartner ausgelöst worden ist, hat der Gesetzgeber ein relativ einfaches Risikoverteilungssystem entworfen. Danach trägt grundsätzlich der Sach- bzw. Dienstleistungsgläubiger das Verwendungsstörungsrisiko. Das Primärzweckstörungsrisiko, d. h. die Unmöglichkeit, hat der Gläubiger normalerweise insoweit auf sich zu nehmen, als er nicht verlangen kann, daß der Schuldner³ Schadensersatz zahlt, ihm also zumindest eine Geldleistung zukommen läßt. Der Schuldner sieht sich hingegen mit der Gefahr konfrontiert, daß er für den Leistungsversuch seine Leistungskapazität *nutzlos* bereitgehalten sowie Aufwendungen getätigt hat, weil seine Bemühungen nicht entgolten werden (§ 323 BGB). Bei den Konstellationen der Aufwandserhöhung ist dem Schuldner das Risiko normalerweise bis zur Grenze der subjektiven Unmöglichkeit, bei Gattungsschulden sogar bis zur objektiven Unmöglichkeit, auferlegt worden. Jenseits dieser Grenze hat der Schuldner keine planungswidrig erhöhten Anstrengungen zu machen, insbesondere nicht das Bedürfnis des Gläubigers mit dem Surrogat „Geld“ zu befriedigen.

Vom Standpunkt der Praktikabilität und Rechtssicherheit sind gegen diese Risikoverteilungskonzeption keine Einwendungen zu erheben, da der Unmöglichkeitsbegriff verhältnismäßig scharfe Konturen aufweist. Es hat sich jedoch gezeigt, daß sie mit dem Ziel materieller Vertragsgerechtigkeit nur schwer in Einklang zu bringen ist. Sie wurde deshalb allenthalben durchbrochen. Es braucht in diesem Zusammenhang nur an die Stichworte „Geschäftsgrundlage“, „Opfergrenze“, „Sphärentheorie“, „Ausdehnung des Inhalts des Leistungsversprechens“ erinnert zu werden.

² Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 3 ff, bes. S. 10 ff.

³ Unter „Gläubiger“ und „Schuldner“ wird im folgenden, soweit nichts anderes gesagt ist, immer derjenige Vertragspartner verstanden, der eine Sach- oder Dienstleistung erhalten soll oder zu erbringen hat.

Die Notwendigkeit, im Vergleich zum ursprünglichen Risikoverteilungssystem des BGB die materielle Vertragsgerechtigkeit stärker zu berücksichtigen, steht heute außer Zweifel. Allerdings können die bisherigen Lösungsvorschläge – wie alsbald näher darzulegen sein wird – nicht voll überzeugen. Das gilt auch und gerade für die Rechtsfigur „Geschäftsgrundlage“ in ihren verschiedenen Varianten. Allen diesen Varianten ist nämlich gemeinsam, daß sie auf die verschiedensten Risiken und auf sämtliche Vertragstypen zugeschnitten sind. Sie sollen gleichermaßen bei Unterhalts- wie bei Kaufverträgen Anwendung finden können. Dieser Ansatz hatte zur Folge, daß die Voraussetzung für eine Abweichung von der durch die §§ 275, 279, 323 BGB vorgezeichneten Risikoordnung von Tatbestandsmerkmalen abhängig gemacht wurde, die auf höchster Abstraktionsebene umschrieben sind und erst in einer umfassenden Interessen- und Güterabwägung konkretisiert werden müssen. Die in der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption realisierte Rechtssicherheit blieb auf der Strecke.

Die vorliegende Schrift bezweckt ein Doppeltes. Es sollen einmal *in den Gedanken* der abstrakten, verschuldensunabhängigen Beherrschbarkeit sowie Absorbierbarkeit Zurechnungselemente entwickelt werden, die der Idee eines optimalen Einsatzes wirtschaftlicher Güter verpflichtet sind, – ein Ziel, das auch mit dem gesetzlichen Schutz des Wettbewerbes angestrebt wird. Diese Zurechnungsprinzipien werden ebensowenig wie das dritte maßgebliche Element, nämlich der Gedanke arbeitsteiliger Risikoveranlassung, neu in das Risikoverteilungssystem eingeführt; denn sie lassen sich in vielen Leistungerschwerungs- und Zweckstörungsrisiken zuordnen. Mit Hilfe dieser zentralen Zurechnungsprinzipien, neben die auch andere Zurechnungselemente treten können, soll versucht werden, die Korrektur der ursprünglichen Konzeption einer Verteilung von Leistungs- und Zweckstörungsrisiken an der Idee eines vom Wettbewerb geprägten Austauschprozesses zu orientieren und die Neuordnung der Risikobelastung auf Risikoverteilungselemente zu stützen, deren Gerechtigkeitsgehalt rational einsichtig gemacht werden kann.

Zum anderen soll ein Risikoverteilungssystem aufgebaut werden, das den Bedürfnissen der Rechtssicherheit besser Rechnung trägt. Dieses Ziel soll dadurch erreicht werden, daß im Einzelfall die Risikobelastung bzw. -entlastung vom Zusammenspiel relativ weniger Elemente abhängig gemacht wird. Diese Elemente bewegen sich auch nicht auf der hohen Abstraktionsebene, wie die Begriffe „Unzumutbarkeit“,⁴ „redlich“⁵ oder die Formel von dem, was „schlechthin Gerechtigkeit und Billigkeit widerspricht“.⁶ Sie müssen daher auch nicht von Fall zu Fall in einer Interessen- und Güterabwägung ausgefüllt werden. Das heißt nicht, daß die hier als maßgeblich ins Spiel gebrachten Zurechnungsgesichtspunkte nicht konkretisie-

⁴ Vgl. hierzu Nachweise bei Wollny, Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage, S. 104ff.

⁵ Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S. 20ff, 163.

⁶ BGHZ 2, 188; BGH, LM Nr. 25, 27, 39, 51 zu § 242 (Bb) BGB; BGH, NJW 76, 143; 59, 2203; OLG Braunschweig NJW 76, 571.

rungsbedürftig wären. Die Konkretisierung hat jedoch nach generell-typischen Kriterien zu erfolgen, so daß die Parteien schon bei Vertragsschluß mit großer Sicherheit das Ausmaß einer etwaigen Risikobelastung feststellen und einkalkulieren können.

II. Abgrenzung des Themas

1. Merkmal „materielle Aufwandserhöhung“

Bei Austauschverträgen sind Leistungerschwerungen in zweierlei Form denkbar: als materielle und als ideelle. Die materielle Leistungsschwerung ist dadurch gekennzeichnet, daß der Schuldner zur Leistungserbringung höheren Aufwand an Arbeit oder Kapital treiben muß, als er bei Vertragsschluß eingeplant hatte. Bei der ideellen Leistungsschwerung geht es hingegen darum, daß der Schuldner die Leistung nur mit ideellen Opfern erbringen könnte, mit denen er bei Vertragsschluß nicht gerechnet hatte. Gedacht ist hierbei etwa an Fälle der Gewissensnot oder an das bekannte Schulbeispiel, daß die Sängerin sich weigert aufzutreten, weil ihre Anwesenheit am Bette ihres schwer erkrankten Kindes erforderlich ist. In diesen Fällen gerät das Ziel einer im rein ökonomischen Sinne optimalen Allokation von Ressourcen mit dem Persönlichkeitsrecht des Schuldners und anderen in der Wertskala hochstehenden Gütern in Kollision. Diese Risiken können nicht nach den gleichen Maßstäben zugewiesen werden, wie sie für die Gefahr gelten, daß größere Investitionen an sachlichen Mitteln oder Arbeitskraft notwendig werden. Für die Verteilung ideeller Leistungsschwerungsrisiken muß vielmehr eine Rangordnung der ideellen Werte in Relation zu bloßen Vermögensinteressen aufgestellt werden.⁷ Dies stellt eine eigenständige Aufgabe dar, die sich klar von der Verteilung vermögensrelevanter Risiken abhebt und daher in dieser Arbeit nicht behandelt wird.

2. Merkmal „Austauschverträge“

Mit dem Merkmal „Austauschverträge“ soll ein Trennungsstrich zu den Gesellschaftsverträgen und den ihnen verwandten partiarischen Verträgen ebenso gezogen werden, wie beispielsweise zu Unterhalts-, Vergleichs- sowie Schenkungsverträgen. Das im folgenden zu entwickelnde Risikoverteilungsmodell ist auf den Austauschvertrag zugeschnitten, der in einer Verkehrswirtschaft der arbeitsteiligen Bedürfnisbefriedigung dient. Der Gedanke der Arbeitsteilung führt vor allem dazu, daß die Risikobereiche beider Parteien danach abgegrenzt werden, wie sie den ihnen im arbeitsteiligen Prozeß zugewiesenen Bereich beherrschen und die in ihm auftretenden Verluste auffangen können. Bei der Gesellschaft geht es hingegen um eine Gewinn- und Verlustgemeinschaft.⁸ Die Bedarfsdeckung erfolgt nicht in der wechselseitigen Ergänzung, sondern im Miteinander der Gesellschafter. Dies hat zur

⁷ Larenz, SchR I, S. 114 f m. weit. Nachw.; Diesselhorst, Festschrift Michaelis, S. 36 ff.

⁸ Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, S. 21 ff.

Folge, daß beispielsweise im Innenverhältnis der Gedanke der arbeitsteiligen Spezialisierung, des Beherrschbarkeitsvorsprunges einer der Parteien nicht die gleiche Rolle wie bei reinen Austauschverträgen spielt. Nun sind zwar auch bei Austauschverträgen Wertungen zu berücksichtigen, die für die verschiedenen Vertragstypen charakteristisch sind. Diese Wertungen bewegen sich aber alle noch im Rahmen der Arbeitsteilung. Dieser Rahmen wird jedoch gesprengt, sobald es gilt, die für Austauschverträge erarbeiteten Risikoverteilungselemente mit dem Gedanken der Gewinn- und Verlustgemeinschaft abzustimmen. Das hiermit aufgeworfene Problem muß in einer gesonderten Untersuchung bewältigt werden. Nur so wird verhindert, daß Formeln entwickelt werden, die entweder den Spezifika der Gesellschaftsverträge nicht hinreichend gerecht werden oder aber so allgemein bleiben, daß die eigentliche Konkretisierungsarbeit erst noch zu leisten ist. Diese Erwägung führt auch dazu, die anderen genannten Vertragstypen auszuklammern; denn bei partiarchischen Verträgen müßte beispielsweise dem Einfluß der vertragstypischen oder individuell vereinbarten partiellen Gewinn- bzw. Verlustgemeinschaft, bei Unterhaltsverträgen der Bedeutung des angemessenen Lebensstandards beider Parteien für die Risikoverteilung Rechnung getragen werden. Gleiches gilt für unentgeltliche Verträge, wo für die Risikozuweisung der Umstand nicht unbeachtet bleiben darf, daß der Schuldner keine Vergütung erhält, mit der er erhöhte Anstrengungen finanzieren oder Verluste auffangen könnte.

3. Merkmal „Sach- und Dienstleistungen“

Nicht erörtert werden in dieser Schrift auch Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisiken im Hinblick auf reine Geldleistungen. Sie treten vor allem bei Inflations- und Deflationsprozessen in Erscheinung. Im Vergleich zu den Sach- oder Dienstleistungen werfen die mit reinen Geldleistungen verbundenen Aufwandserhöhungen und Zweckstörungen Sonderprobleme auf. Das beruht einmal auf dem Umstand, daß Geld ein Mittel zur Befriedigung unbestimmter Bedürfnisse ist. Es müßte daher beispielsweise geklärt werden, ob eine verbreitete Verteuerung für den individuellen Geldgläubiger auch dann relevant ist, wenn sich die Inflation bei den von ihm überwiegend nachgefragten Gütern nicht so deutlich bemerkbar gemacht hat. Ein auf Geldleistungen zugeschnittener Maßstab müßte ferner für die Fälle entwickelt werden, in denen die Inflation gerade den Geldgläubiger besonders hart trifft, während sie große Teile der Bevölkerung noch nicht so stark erfaßt hat. Vor allem aber läßt die währungsrechtliche Seite des Nominalprinzips Fragen entstehen, die unter Einschuß der wirtschaftspolitischen Auswirkungen bestimmter Formen der Verteilung von Inflationsrisiken einer eingehenden Analyse bedürfen.⁹ Das gilt auch für die Behandlung von Deflationsrisiken. Ihre Beantwortung bedarf einer gesonderten Untersuchung.

⁹ Vgl. hierzu *Reuter*, ZHR 137 (1974), 482ff; *Horn*, Geldwertveränderung, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, S. 7ff; v. *Maydell*, Geldschuld und Geldwert, S. 53ff mit w. Nachw.

III. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel soll der ratio der für die Zuweisung von Risiken der Aufwands-erhöhung und der Primärzweckstörung (Preisgefahr) zentralen §§ 275, 279, 323 BGB nachgegangen werden. Dabei zeigt sich, daß einleuchtende Gründe materieller Austauschgerechtigkeit, die die ursprüngliche Konzeption der Behandlung von Leistungs- und Preisgefahren *voll* erklären, sich nicht finden lassen. Es drängt sich vielmehr der Eindruck auf, daß diese Vorschriften zum wesentlichen Teil Zweckmäßigkeit Gesichtspunkten Rechnung tragen und an dem Ziel ausgerichtet sind, mit Hilfe des „Unmöglichkeit“-Kriteriums eine möglichst einfach strukturierte und durch genau umrissene Begriffe gekennzeichnete Risikoordnung zu errichten.

Die Vernachlässigung der materiellen Vertragsgerechtigkeit, die vor allem in der Zeit des ersten Weltkrieges offenbar geworden war, wurde nicht hingenommen. Sie löste eine Vielzahl von Korrekturen aus, die im Verlauf des ersten Kapitels zu analysieren sind. Diese Analyse wird den Nachweis liefern, daß die bisherigen Vorschläge zu einer stärkeren Berücksichtigung der Austauschgerechtigkeit kritischer Überprüfung nicht standhalten, da sie entweder zu wenig Gewicht auf die Gebote der Rechtssicherheit legen oder Kriterien benutzen, deren Bedeutung für das Risikoverteilungssystem nicht überzeugend begründet werden kann.

Dieses Defizit an Rechtssicherheit und sachgerechten Risikoverteilungselementen soll vor allem mit Hilfe der Prinzipien „abstrakte Beherrschbarkeit“ und „Absorption“ sowie des Gedankens der „arbeitsteiligen Veranlassung“ beseitigt werden. Sie werden im zweiten Kapitel thesenartig umrissen. Anschließend wird in einer induktiv angelegten Untersuchung dargetan, daß Gesetz und Rechtsprechung diese zentralen Zurechnungselemente im Bereich der Austauschverträge durchaus anerkannt haben. In den beiden folgenden Kapiteln sind – getrennt für Arbeitsverhältnisse und sonstige Austauschverträge – anhand von Fällen, in denen Literatur oder Rechtsprechung eine Durchbrechung der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption befürwortet oder zumindest erwogen haben, Folgerungen für eine sachgerechte Risikozuordnung im Lichte des Beherrschbarkeits-, Absorptions- und Veranlassungsprinzips zu ziehen.

Erstes Kapitel

Die Risikoverteilung anhand des Unmöglichkeitsgedankens und ihre Durchbrechung im Rahmen der Rechtsfortbildung

§ 1 Die Risikoverteilung anhand des Unmöglichkeitsgedankens und die materielle Vertragsgerechtigkeit

Die gesetzliche Risikoverteilung bewegt sich im Spannungsfeld zwischen subjektiver Äquivalenz und absoluter Vertragstreue.

Die Berücksichtigung jeder subjektiven Äquivalenzstörung entlastet den Versprechenden von der Gefahr, die Leistung oder gegebenenfalls deren Surrogate erbringen zu müssen, obwohl ihm die Gegenleistung die eigenen Anstrengungen nicht (mehr) wert ist. Vertragstreue heißt hingegen, um mit Jhering¹ zu sprechen, die Sicherung des ursprünglichen Zweckes gegen den nachteiligen Einfluß einer späteren Interessenverschiebung oder einer veränderten Interessenbeurteilung in der Person des anderen Teiles – kurz: die rechtliche Einflußlosigkeit der Interessenänderung.

Das Gesetz hat weder die Vertragstreue² verabsolutiert³ noch dem Versprechenden durchwegs erlaubt, sich auf einen Fehler bei seiner subjektiven Äquivalenzentscheidung zu berufen. In einer Vielzahl von Vorschriften hat es die Gewichte bald näher zu dem einen, bald zu dem anderen der beiden Pole gelegt.⁴ Dabei spielen die verschiedensten Wertungen eine Rolle. Im Rahmen der Normen, die die Aufwands-erhöhungs-, Schadensersatz- und Zweckstörungsrisiken auf die Parteien verteilen, nimmt in der ursprünglichen Konzeption der Risikoordnung der Unmöglichkeitsgedanke eine zentrale Position ein.

Solange die Leistung möglich ist, hat der *Schuldner* grundsätzlich das Risiko zu

¹ Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, S. 76.

² Zu den Wurzeln der Vertragstreue Larenz, Festschrift G. Husserl, S. 132, 139; Bydliński, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, S. 131ff; Schmidt-Rimpler, Festschrift Nipperdey (1955), S. 11ff; Lüderitz, *Auslegung von Rechtsgeschäften*, S. 79f; Tütze, Festschrift E. Heymann, S. 111; Schloßmann, *Der Vertrag*, S. 308; Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, S. 8; Koller, BB 73, 1561 mit jeweils weit. Nachw.

³ Vgl. Ulmer, AcP 174 (1974), 183, bes. 184; in diesem Zusammenhang ist festzuhalten, daß der Rechtsgedanke die Einhaltung des Vereinbarten nicht schlechthin bis zu dem Punkt verlangt, an dem das Vereinbarte der Gerechtigkeit offensichtlich zuwiderläuft. Die Aufstellung dispositiv ergänzender Risikoverteilungsnormen kann nicht nur den Sinn haben, die Parteien vor Belastungen zu schützen, die schlechthin der Gerechtigkeitsidee widersprechen. Vielmehr sind sie am Ziel einer angemessenen Gefahrenverteilung derart auszurichten, daß die Vertragstreue als solche zurücktreten muß, sobald gewichtigere Gesichtspunkte einer nach generell-typischen Kriterien angemessenen Risikoverteilung eine Risikoentlastung des Versprechenden nahelegen.

⁴ Vgl. Bydliński, *Privatautonomie aaO.*, S. 106ff.

tragen, daß er zu ihrer Erbringung höhere Kosten auf sich nehmen oder andere Mittel einsetzen muß, als er sie sich bei Vertragsschluß vorgestellt hatte.

Von diesem Risiko, das sich *auch*⁵ in der Form einer Schadensersatzpflicht realisieren kann, wird er – grundsätzlich – entlastet, wenn die Leistung von Anfang an objektiv unmöglich ist oder nachträglich ohne sein Verschulden unmöglich wird. Dabei genügt es, daß der Schuldner – mit der Ausnahme von Gattungsschulden – zur Leistung lediglich unvermögend wird (§§ 275, 279, 306 BGB).

Auf der anderen Seite hat normalerweise der *Gläubiger* das Gegenleistungsverprechen zu erfüllen, falls die Leistung zwar möglich ist und ihm auch zugeleitet wird, der Gläubiger aus ihr aber nicht den erwarteten Nutzen zu ziehen vermag. Er hat also das Verwendungsrisiko zu tragen. Nur die Unmöglichkeit der Leistung befreit ihn von der Pflicht, die Vergütung für eine *für ihn* nutzlose Tätigkeit des Schuldners zu entrichten. Die Gefahr, daß die für den Leistungsversuch getätigten Investitionen nutzlos, weil unentgolten, bleiben, fällt dann in die Risikosphäre des Schuldners (§ 323 I BGB).

Die unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung begrenzt somit für den *Schuldner* das Risiko uneingeplanten Aufwandes in Form von Schadensersatz, weist ihm andererseits aber auch die Gefahr nutzlosen Aufwandes für den Leistungsversuch zu. Umgekehrt entlastet sie den *Gläubiger* von der Gefahr, Ausgaben für Anstrengungen zu machen, die für ihn im Ergebnis wertlos sind. Dafür muß er es hinnehmen, daß er seinen Bedarf nicht wie geplant decken kann und daß dieser Ausfall auch nicht durch eine Geldleistung des Schuldners ausgeglichen wird. Solange die Leistung möglich ist, bedeutet dies demnach für den Schuldner, daß er jedes Aufwandserhöhungsrisiko, und für den Gläubiger, daß er in der Regel jedes Verwendungsrisiko zu tragen hat.

Auf den ersten Blick verteilt der Unmöglichkeitsgedanke einleuchtend die Gewichte zwischen den beiden Polen Vertragstreue und Relevanz jeder subjektiven Äquivalenzstörung. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, daß er nur unzureichend der materiellen Vertragsgerechtigkeit Rechnung trägt und – aus der Sicht der späteren Versuche, mit Hilfe der Geschäftsgrundlagen-Lehre und ähnlicher Rechtsfiguren zu einer differenzierteren Risikoverteilung zu kommen – der Verkehrs- und Rechtssicherheit zu großen Einfluß verleiht.

⁵ Es gehört zum immanenten Sinn des Versprechens, daß der Versprechende den Bedarf des Versprechensempfängers notfalls mit Substitutionsgütern, insbesondere Geld deckt (*Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey [1955], S. 271). Die Vertragstreue endet also, wie beispielsweise der § 437 BGB und die rechtliche Identität von Naturalleistungs- und Schadensersatzpflicht aus § 325 BGB (*Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts [SchR], Bd. I, 10. Aufl. S. 243 [anders 11. Aufl. S. 270]; *Enneccerus-Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse [SchR], S. 208; *Esser*, Schuldrecht [SchR], Bd. I, 4. Aufl., S. 358; *Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 227 ff; *Brehm*, JZ 74, 575; ablehnend *Meincke*, AcP 171 [1971], 28 ff m. w. Nachw., der die Schadensersatzpflicht vom Versprechen löst, indem er die Unmöglichkeit zum eigenständigen, anspruchsbegründenden Tatbestand erhebt) zeigen, nicht schon bei der Unmöglichkeit der Naturalerfüllung. (*Rabel*, Festschrift Bekker, S. 178 ff; *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 31; *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 46 f).

I. Die Gefahr nutzlosen Aufwandes bei Primärzweckstörungen und § 323 I BGB

Zur ratio des § 323 I BGB, der dem Schuldner bei Unmöglichkeit der Leistung (Primärzweckstörungen) den Anspruch auf Vergütung entzieht und damit für ihn den Einsatz seiner sachlichen und personellen Mittel wertlos werden läßt, hat sich bislang noch keine einheitliche Meinung herauskristallisiert. Im wesentlichen werden zwei Wertungen ins Feld geführt.

Manche Stimmen in der Literatur⁶ sehen das tragende Wertungselement in der Gleichheit der Gefahrenbelastung, mit der Schuldner und Gläubiger im Falle einer Primärzweckstörung zu rechnen hätten. § 323 I BGB habe die Risiken so verteilt, daß die Folgen einer nicht zu vertretenden Leistungsunmöglichkeit stets jede der Parteien gleichmäßig treffe; keiner der Vertragspartner solle aus einem durch eine Unmöglichkeit der Erfüllung gestörten Vertrag einen Gewinn zu Lasten des anderen Teiles ziehen.

Die in § 323 I BGB realisierte Symmetrie der Risikobelastung bleibt jedoch formal.⁷ In wirtschaftlicher Betrachtungsweise fehlt die „Gleichheit“ der Risiken nahezu gänzlich. Werden wie bei den meisten Austauschgeschäften Sach- oder Dienstleistungen gegen Geldzahlung erbracht, so sind nämlich die für den Gläubiger mit der Erfüllung seiner Geldschuld verbundenen Gefahren regelmäßig bedeutend geringer als die Risiken, die bei der Erfüllung des Anspruchs auf Dienste oder die Verschaffung von Sachwerten auftreten.

Ebensowenig kann man von einer Parität der Risikofolgen sprechen, wenn auf das Ausmaß der Verluste abgehoben wird. Zwar werden die Risikofolgen durch § 323 I BGB auf beide Parteien verteilt: der Gläubiger hat den Ausfall der geplanten Bedürfnisbefriedigung zu tragen, während der Schuldner auf die erhoffte Gegenleistung verzichten muß. Parität existiert also insoweit, als jeder Teil die sich in seinem Bereich auswirkenden Nachteile zugewiesen erhält. Die Parität verhindert aber nicht, daß normalerweise gerade bei Kaufverträgen, an denen der Gesetzgeber offensichtlich die Regeln des funktionellen Synallagmas entwickelt hatte, die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Primärzweckstörung stark voneinander abweichen. Wird das Kaufobjekt ohne Verschulden des Verkäufers zerstört, so bedeutet das nach der Regelung des § 323 I BGB noch nicht, daß der Gläubiger nun auf die

⁶ *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, S. 118, 123; *Esser*, *SchR* I, 4. Aufl., S. 223 f.; *Esser-Schmidt*, *Schuldrecht* (*SchR*), Bd. I 1, S. 252; ähnlich *v. Schenck*, *Der Begriff der „Sphäre“ in der Rechtswissenschaft*, S. 265; *Trautmann*, *Gruch* 59, 451; *van den Daele*, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, S. 28.

⁷ „Formal“ ist die „Gleichheit“ freilich dann nicht, wenn man sie als Gegenposition zu älteren Regelungen begreift, denen zufolge die Verpflichtungen beider Parteien völlig selbständig waren, so daß der andere Teil trotz der Ungültigkeit seiner eigenen Verpflichtung die Gegenleistung verlangen konnte. Insofern entspricht es der Gleichheit, daß der eine „nicht mehr einziehen sollte, als er ausbebe“ (*Jörgensen*, *Festschrift Larenz*, S. 553 f.). Dieses Ziel wird durch einen Fortbestand der Gegenleistungspflicht jedoch nicht in Frage gestellt, wenn das zu leistende Gut untergegangen ist, die Partei also das Gut im Austauschprozeß schon „ausgegeben“ hat, auch wenn das Gut nicht beim Leistungsempfänger angelangt ist.

Befriedigung seines Bedürfnisses gänzlich verzichten müßte. Ihm verbleibt ja das von ihm versprochene Entgelt, das er zum Erwerb eines gleichartigen Gegenstandes einsetzen kann. Nur recht selten wird das verkaufte Objekt so einzigartig sein, daß mit seinem Untergang der Bedarf des Käufers ungedeckt bleiben müßte und der Käufer selbst unter Abstrichen sein Ziel nicht mehr erreichen könnte. Eine wirklich gleichmäßige Belastung mit dem Risiko der Unmöglichkeit kann nur durch eine 50-prozentige Beteiligung beider Parteien an der Summe aller Risikofolgen erreicht werden. Diese Form der Risikozurechnung hat die erste Kommission⁸ indessen ausdrücklich abgelehnt: „Die Gefahr zwischen beiden Vertragsschließenden zu theilen, wie neuerdings ... aus angeblichen ethischen oder Billigkeitsgründen vorgeschlagen worden (ist), hieße, einen jeder juristischen Grundlage entbehrenden Satz anzunehmen, welcher alle Schwierigkeiten und Streitfragen, welche das römische Prinzip (scil.: *periculum est emptoris*) hervorgerufen hat, in verstärkter und vermehrter Auflage im Gefolge hätte.“

Die herrschende Meinung versucht denn auch die ratio des § 323 I BGB weniger von der formalen Gleichheit der Risikobelastung her als vielmehr in psychologischer Betrachtungsweise durch den Austauschzweck bzw. die subjektive Äquivalenz zu erklären: Jede Partei verpflichte sich zu ihrer Leistung, um dadurch die andere Partei zur Gegenleistung zu verpflichten;⁹ mit dem eigenen Vermögensopfer werde der Leistungserfolg bezweckt.¹⁰ Das Streben nach subjektiver Äquivalenz wird herausgestrichen, wenn betont wird, daß jeder Vertragspartner eine Bewertung von Leistung und Gegenleistung vornehme und der Austausch zustande komme, falls jedem Teil die Leistung des anderen die eigene wert sei.¹¹ Die eigene Leistung werde als bestimmungsgemäßer Gegenwert in der Form zugesagt, daß sie als Äquivalent versprochen werde.¹² Daraus wird der Schluß gezogen, daß jeder dem anderen erkennbar nur verpflichtet sein wolle, gegen Erhalt der Gegenleistung zu erfüllen.¹³ Der § 323 I BGB trage mithin einem „urwüchsigen Empfinden“¹⁴ Rechnung, demzufolge jede Vertragspartei zur Leistung nur unter der „Voraussetzung“¹⁵ verpflichtet sei, daß auch der Gegner seinerseits erfüllt.

Nun ist die Aussage sicher richtig, daß die Parteien bei jedem vertraglichen Austauschverhältnis eine Leistung nur deshalb versprechen, weil sich ihr jeweiliger Vertragspartner auch seinerseits zu einer Leistung verpflichtet. Ebenso richtig ist es auch, daß die Angebots- und Nachfrageentscheidungen auf einer Abwägung der

⁸ Motive zum Entwurf eines BGB (Mot.), Bd. II, S. 207; vgl. auch *Dubischar*, Festschrift L. Raiser, S. 105.

⁹ *Larenz*, SchR I, S. 166; ähnlich betonen die finale Struktur des Versprechens *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 103; *Fikentscher*, Schuldrecht (SchR), S. 37f; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 94.

¹⁰ *Heck*, Schuldrecht (SchR), S. 126.

¹¹ *A. Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, S. 105; *Palandt-Heinrichs*, BGB, vor § 320 Anm. 1 caa.

¹² *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 138.

¹³ *Larenz*, SchR I, S. 166f, 253; *Heck*, SchR, S. 126; *Fikentscher*, SchR, S. 37.

¹⁴ *Hedemann*, Festschrift Rosenthal, S. 186, 211f.

¹⁵ *Wilburg*, AcP 163, 353.

Vor- und Nachteile beruhen, die einerseits von der eigenen Leistung und andererseits von der Gegenleistung erwartet werden. Nur wenn jeder der Kontrahenten sich von der Gegenleistung mehr Vorteile verspricht als vom Behalten der eigenen Leistung bzw. ihrem Einsatz zu anderen Geschäften, wird er die subjektive Äquivalenz des Austausches bejahen und sich von seinem Leistungsobjekt trennen wollen. Diese subjektive Äquivalenzentscheidung wird nachhaltig enttäuscht, sobald die Gegenleistung ausbleibt. Von daher kann man in der Tat eine¹⁶ Wurzel des § 323 I BGB in der Durchkreuzung der subjektiven Äquivalenzentscheidung des jeweiligen Nachfragers erblicken. Man darf allerdings nicht den Fehler begehen, hierin die alleinige Wurzel zu sehen. § 323 I BGB schreibt nämlich nicht nur vor, den Gläubiger aus seinem Gegenleistungsversprechen zu entlassen, falls die Gegenleistung ausbleibt, sondern begrenzt zugleich auch die Relevanz subjektiver Äquivalenzstörungen auf das Unmöglichwerden der Leistung. Würde man der psychologisch begründeten Austauschidee und damit dem subjektiven Äquivalenzgedanken wirklich den Rang einräumen, der ihm zur Erklärung des § 323 I BGB gemeinhin zuerkannt wird, so müßte man weit häufiger die Entgeltgefahr dem Schuldner auferlegen; denn in psychologischer Sicht ist die eigene Leistung lediglich Mittel, um einen konkreten Bedarf zu decken. Der vom Vertragspartner versprochene Erfolg ist auf diesem Wege nur Zwischenstation zum eigentlich angestrebten Ziel. Jede Verschiebung der für die Bedürfnisbefriedigung relevanten Faktoren, und sei es auch nur, daß andere zur Bedarfsdeckung besser geeignete Güter aufgetaucht sind, erschüttert mit der subjektiven Äquivalenz auch den Wunsch nach Austausch.^{16a} Könnte sich der Sachleistungsgläubiger frei entscheiden, so würde er auf den Austausch verzichten und die Aufwands- und Kapazitätsgefahr dem Schuldner zuweisen.¹⁷ Entscheidend für den Gerechtigkeitsgehalt des § 323 I BGB ist mithin neben dem Gedanken, daß der Gläubiger die von ihm zugesagte Gegenleistung nur hergeben will, wenn ihm der Schuldner seinerseits einen Vorteil verschafft, *diejenige Wertung*, die dazu führt, daß der Gläubiger aus seinem Versprechen entlassen wird, falls dieser gerade wegen der Unmöglichkeit der Leistung den erwarteten Vorteil nicht zu ziehen vermag, während er in anderen Konstellationen, in denen der Vorteil ebenfalls ausbleibt, an seinem Versprechen festgehalten wird.

Man kann sich hier des Eindrucks nicht erwehren, daß diese Wertung weniger im Bereich der materiellen Vertragsgerechtigkeit, denn auf dem Boden der Verkehrs- und Rechtssicherheit angesiedelt ist. Das Defizit an materieller Vertragsgerechtigkeit

¹⁶ Vgl. auch *Schmidt-Rimpler*, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, insbesondere bei Versicherungsverträgen, S. 59, der der h. M. vorwirft, sie würde nur auf ein Motiv der Vereinbarung von Verträgen hinweisen.

^{16a} Zutreffend im Ergebnis *Dubischar*, Festschrift Raiser, S. 106 f.

¹⁷ Kritisch auch *Beuthien*, Zweckerreichung aaO., S. 116; *van den Daele*, Probleme aaO., S. 15; *v. Schenck*, Sphäre aaO., S. 269; *E. Wolf*, Das Arbeitsverhältnis, S. 88. Die Ansicht *Schmidt-Rimplers*, Gegenseitigkeit aaO., S. 59ff, die subjektive Äquivalenz sei Geschäftsgrundlage, führt nicht weiter, da offen bleibt, warum die Geschäftsgrundlage rechtserheblich ist.

keit zeigt sich nämlich nur zu deutlich in den Fällen, in denen die Leistung durch eine Störung unmöglich wird, die aus der Sphäre des Gläubigers stammt. Stirbt beispielsweise der Schüler, so hat der Lehrer gemäß § 323 I BGB mit dem Fortfall des Vergütungsanspruches die Konsequenzen einer nutzlosen Bindung seiner Leistungskapazität¹⁸ auf sich zu nehmen, obwohl er an sich voll leistungsfähig ist und das Leistungshindernis im Bereich des Gläubigers entstanden ist, wo es der Schuldner weder zu steuern noch besser als der Gläubiger einzukalkulieren in der Lage war.

Die unzulängliche Berücksichtigung der materiellen Austauschgerechtigkeit kommt allerdings voll der Praktikabilität der Risikoverteilungsnorm zugute.

Dies tritt besonders klar bei der Abgrenzung zwischen der Gefahrtragung bei der nicht zu vertretenden Unmöglichkeit (§ 323 I BGB) und dem Gläubigerverzug (§§ 293 ff, 324 II BGB) in Erscheinung.

Die §§ 300 bis 304 BGB sowie die §§ 324 II, 615, 642 BGB zwingen zu dem Schluß, daß nach der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption nur derjenige Schuldner den Vergütungsanspruch behält und damit von der Gefahr nutzlosen Aufwandes befreit wird, der die infolge der mangelnden Mitwirkung des Gläubigers unterbliebene Leistung *nachzuholen* imstande ist.¹⁹ Unverschuldete Störungen, die der Sphäre des Gläubigers entspringen, führen mithin nur dann zu einer Zurechnung des Risikos an den Gläubiger, wenn sie sich (zunächst) lediglich in der Form von *Leistungsverzögerungen* ausgewirkt haben. Wird die Leistung hingegen sofort unmöglich, so hat der Schuldner die Preisgefahr unabhängig davon auf sich zu nehmen, welcher Sphäre die Störung entspringt. Durch diese Lösung des Risikoverteilungsproblems ersparte sich der Gesetzgeber die schwierige Definition der „in der Sphäre des Gläubigers“ liegenden Störungen bzw. der „abstrakten Leistungsfähigkeit“ des Schuldners.²⁰ Bei bloßen Leistungsverzögerungen taucht das Problem, die abstrakte Leistungsfähigkeit näher zu bestimmen und die hierfür relevanten Kriterien zu entwickeln, nicht auf, da bei ihnen die Konstanz der konkreten Leistungsfähigkeit Tatbestandsmerkmal ist. Die Entscheidung über die Abgrenzung der für die Risikozurechnung maßgeblichen Sphären fällt nämlich erst dann schwer, wenn die Erfüllung der Verpflichtung endgültig unmöglich geworden ist. Dies hat die Diskussion um die Zweckvereitelungsproblematik²¹ nur zu deutlich gezeigt.

Wie sehr die Praktikabilität dieser Risikoverteilung dem historischen Gesetzgeber am Herzen lag, erhellen auch die Motive. Dort wird die Regel des § 323 I BGB mit

¹⁸ Zur Klarstellung sei angemerkt, daß in diesem Fall der Lehrer seine Arbeitskraft, die er bereitgehalten hatte, nicht mehr rechtzeitig anderweit einsetzen kann und daß davon auszugehen ist, daß er die Chance besessen hatte, seine Leistung ungestört an andere Nachfrager zu erbringen, die er nur deshalb nicht genutzt hatte, weil seine Arbeitskraft bereits vertraglich gebunden war.

¹⁹ Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 25 f; Kress, Allgemeines Schuldrecht, S. 100.

²⁰ Erman-Battes, BGB, vor § 293, Anm. 6 ff.

²¹ Vgl. unten S. 62 ff.

dem Argument verteidigt, daß sich anhand des § 323 I BGB zugrunde liegenden Prinzips die aus dem Gemeinen Recht bekannten Schwierigkeiten und Streitfragen leicht lösen ließen.²² Dadurch würde die Einfachheit und Klarheit des Entwurfes wesentlich gewinnen sowie die Rechtssicherheit in hohem Maße gefördert werden. Diese Erwägung hinderte später die zweite Kommission²³ an einer stärkeren Betonung der materiellen Austauschgerechtigkeit. Bei einer Verwendung des Begriffes „Sphäre“ befürchtete sie zahlreiche Zweifel und Streitigkeiten, die es zu vermeiden gelte. Auch das für eine spezifisch werkvertragliche Risikoverteilung vorgeschlagene Kriterium des „bei dem Besteller eingetretenen Umstandes“, das eine großzügige Durchbrechung des § 323 I BGB und eine verfeinerte Risikobelastung ermöglichen sollte, entbehrte ihrer Ansicht zufolge der notwendigen Bestimmtheit. Es sei völlig unpraktikabel. Die zweite Kommission konnte sich daher nur dazu bereit finden, in § 645 I BGB für einige kasuistisch erfaßte Formen der Leistungsstörung eine besser den Beherrschungs- und Kalkulationsmöglichkeiten der Parteien angepaßte Sonderregelung einzuführen. Die Diskrepanz zwischen dem Gedanken einer materiell angemessenen Risikozurechnung und der Rechtssicherheit blieb somit im Grundsatz bestehen.

II. Die Verteilung des Risikos der Aufwandserhöhung

Die gleiche Überbewertung der Rechts- und Verkehrssicherheit zu Lasten materieller Zurechnungsgesichtspunkte läßt sich auch bei der Verteilung des Risikos der Aufwandserhöhung konstatieren. Der Bezug zur materiellen Austauschgerechtigkeit muß unzulänglich bleiben, wenn man die Funktion des in den §§ 275, 279 BGB verwendeten Unmöglichkeitsbegriffes ausschließlich darin erblickt, daß er eine vorgegebene Schranke des Versprechens klarstellt, und dabei übersieht, daß damit zugleich dem Schuldner das volle Risiko der Aufwandserhöhung bis zur Grenze der Unmöglichkeit zugerechnet wird. Diesen Standpunkt hat aber die erste Kommission²⁴ eingenommen. In Anlehnung an die römisch-rechtliche Triviallogik²⁵ der Klageformel,²⁶ derzufolge das Versprechen seine Wirkung nur zeitigen kann, solange die Leistung „in natura“ möglich ist,²⁷ begnügte sie sich, den § 275 BGB mit dem Argument zu begründen, „daß diese Unmöglichkeit, solange und soweit sie reicht und vom Schuldner nicht zu vertreten ist, die Verbindlichkeit ausschließt,

²² Mot. II, S. 206f; vgl. auch *Dubischar*, Festschrift L. Raiser, S. 105, 118.

²³ Protokolle der Kommission für die Lesung des zweiten Entwurfes des BGB (Prot.), S. 334.

²⁴ Mot. II, S. 45.

²⁵ *Wollenschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, S. 184; *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 176 ff.

²⁶ *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 193 ff; ebenso *Wieacker*, Festschrift Nipperdey (1965) Bd. I, S. 802; *Wollenschläger*, Unmöglichkeitstheorie aaO., S. 10f, 37; kritisch *Medicus*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Rom. Abt., Bd. 86 (1969), S. 70 ff.

²⁷ So auch deutlich *Staudinger-Weber*, BGB, § 242 Anm. B 74f; *Kiel*, Gruch 66, 142; *Soergel-R. Schmidt*, BGB, vor § 275 Anm. 20.

entspricht der Natur der Sache und dem geltenden Recht“. Die Frage der Zuordnung von Risiken der Aufwandserhöhung wurde in diesem Zusammenhang offensichtlich als nicht weiter problematisch angesehen, da die Zurechnung sämtlicher Risiken der Aufwandserhöhung als selbstverständliche Folge des Versprechens zu betrachten sei.²⁸

Eine nähere Analyse der auf dem Unmöglichkeitsgedanken aufbauenden Zurechnung der Leistungserschwerungsrisiken legt die Vermutung nahe, daß weitere²⁹ Zurechnungsgesichtspunkte, die über die bloße Tatsache, daß der Schuldner die Leistung zugesagt hat, hinausgehen, eine Rolle gespielt haben. So spricht vieles dafür, daß der Gesetzgeber mit der Zurechnung des Risikos von Aufwandserhöhungen bzw. Modifizierungen des Aufwandes bis zur Grenze der Unmöglichkeit die Wettbewerbsintensität auf den Märkten fördern und die individuelle Leistungsfähigkeit des Schuldners belohnen wollte. Dieser Zurechnungsgedanke wurde allerdings nicht konsequent entfaltet, da hier ebenfalls Rechtssicherheitserwägungen der Vorrang eingeräumt wurde.

Der Wettbewerbsgedanke und die Idee einer Optimierung der Warenproduktion und -verteilung durch den ungestörten Einfluß der Marktkräfte setzte sich im 19. Jahrhundert auch im Rahmen der Unmöglichkeitslehre durch und führte zu einer Modifizierung des Ausmaßes, in dem das Risiko von Aufwandserhöhungen dem Schuldner zugerechnet wurde.

Die Kanonistik und die scholastische Moralthologie hatten – wie von Wollenschläger³⁰ herausgearbeitet wurde – zu dem Unmöglichkeitsgedanken einen vom römischen Recht unabhängigen Zugang gewonnen. Sie setzten den Unmöglichkeitsgedanken zum Schutz des leistungsschwachen Schuldners ein, der selbst durchschnittlichen Anforderungen nicht gewachsen war. Ihre Überlegungen konzentrierten sich von einem willenstheoretischen Ansatz her auf das subjektive Erfüllungsvermögen, die potestas des Versprechenden. Die auf dieser Grundlage gewonnenen Resultate wurden später in die Naturrechtsgesetzbücher eingebracht, die den Begriff der Unmöglichkeit im Sinne von Unvermögen verwendeten.³¹ Im 19. Jahrhundert machte sich jedoch ein Bedeutungswandel des Begriffs der Unmöglichkeit bemerkbar. Während Savigny³² noch eine Fiktion zu Hilfe nehmen mußte, um die Befrei-

²⁸ Vgl. auch Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 202, der die Befreiung erst bei Unmöglichkeit und nicht schon bei Leistungserschwerungen als „sinnvoll“ bezeichnet. Vgl. aber Fikentscher, SchR, S. 188, demzufolge die Unmöglichkeitsregel eine Konkretisierung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte darstellt.

²⁹ Zweck des Unmöglichkeitsbegriffes ist natürlich auch die Regelung des Verhältnisses zwischen Naturalerfüllungs- und Geldanspruch, d. h. die Fixierung des Zeitpunktes, von dem an der Gläubiger zum Geldanspruch überwechseln darf. Himmelschein, AcP 135, 258.

³⁰ Wollenschläger, Unmöglichkeitslehre aaO., S. 82 ff, 110, 116 f.

³¹ Deshalb kann auch nicht der Ansicht Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 135 ff, die subjektive Unmöglichkeit sei nur ein mißglückter Ausdruck für Leistungserschwerung, gefolgt werden. Näher dazu unten S. 54 ff.

³² Savigny, Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, S. 384 f. Vgl. hierzu Wollenschläger, Unmöglichkeitslehre aaO., S. 130 f, 148, 151, 166.

ende Wirkung des Unvermögens bei den für die Massenproduktion und die Distributionsstufe typischen Gattungsschulden zu verneinen, postulierte Brinz,³³ daß die Haftung alleiniger Gegenstand des Schuldverhältnisses sei. Damit verlegte er das Schwergewicht des Schuldverhältnisses von den Fähigkeiten des individuellen Schuldners auf das Interesse des Gläubigers an der Bedarfsdeckung und entlastete den Gläubiger so von der Gefahr, daß sich der Schuldner als ungewöhnlich leistungsschwach³⁴ erweisen werde. Die hierdurch statuierte Irrelevanz persönlicher Leistungsmängel entsprach vollkommen der Idee der Konkurrenz und Wettbewerbsauslese in einer von Zunftwesen und Merkantilismus befreiten Wirtschaft. Die erste Kommission hat sich – abgesehen vom Spezia Kauf – dem objektiven Verständnis des Unmöglichkeitbegriffes angeschlossen. In bewußter Abkehr vom Gemeinen Recht formulierte sie: Reicht das Vermögen des Schuldners nicht hin, „die Erfüllung zu bewirken, mag diese in der Leistung von Geld oder anderen Sachen und Rechten oder in der Vornahme einer Handlung bestehen“,³⁵ so darf dies die Verbindlichkeit des Schuldners nicht tangieren. „Das entgegengesetzte Prinzip würde zu unhaltbaren Konsequenzen führen.“³⁵ Wenn auch die zweite Kommission milder gestimmt war, so unterwarf sie doch Massenproduzenten und den Handel, die in der Regel Gattungsschulden vereinbaren, dem vollen Wettbewerbsdruck, indem sie den Schuldner erst bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung aus der Verbindlichkeit entließ.

Die Zurechnung der Risiken erhöhten Aufwandes, gegebenenfalls in Form von Schadensersatz, bis zur Grenze der allgemeinen Leistungsfähigkeit schießt freilich über das Ziel hinaus,³⁶ dem Schuldner auch solche Risiken aufzubürden, die ein leistungsfähigerer Konkurrent hätte bewältigen können. Sie belastet nämlich den Schuldner mit Störungen, wie Kriegsfolgen oder hoheitlichen Eingriffen, die außerhalb des von ihm zu verantwortenden Organisationsbereiches entstanden sind und die vielfach offensichtlich unvorhersehbar und unüberwindbar sind. In solchen Fällen kann nicht allein die Tatsache, daß andere Anbieter derselben Güter leistungsfähig geblieben sind, als Indiz für eine unzulängliche Leistungsfähigkeit dienen. Sie spiegelt lediglich den blinden Zufall wider, der unter Umständen sogar ein an sich leistungsschwaches, kurz vor dem Ausscheiden aus dem Markt stehendes Unternehmen verschont hat, während er selbst den bestorganisierten Marktteilnehmern die Leistungsfähigkeit raubt.

Der Verzicht auf die Ausformung von stärker am Wettbewerbs- und Leistungsprinzip ausgerichteten Zurechnungskriterien und die ausschließliche Verwendung des Unmöglichkeitbegriffes als Zurechnungsschranke dürfte auch hier stark durch Verkehrs- und Rechtssicherheitserwägungen gefördert worden sein. Der Unmöglichkeitbegriff liefert im Unterschied zu einer differenzierteren Risikozurechnung

³³ Brinz, GrünhutsZ 1 (1874) 19ff.

³⁴ Das erkennt Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, S. 94.

³⁵ Mot. II, S. 45.

³⁶ Diesen Zusammenhang deutet auch Lange, Festschrift Giesecke, S. 29, an.

scharfe Konturen,³⁷ die eine einfache Rechtsanwendung gewährleisten.³⁸ So hat denn auch Mommsen, wie Wollenschläger nachgewiesen hat, den Unmöglichkeitsgedanken mit dem Ziel in den Mittelpunkt seines Systems gestellt, die Rechtssicherheit gegenüber dem damaligen gemeinrechtlichen Zustand zu heben und die Grenzen der Risikobelastung schärfer zu ziehen. Bis ins 19. Jahrhundert hinein hatte die Unmöglichkeit als Befreiungstatbestand in Verbindung mit dem Verschulden als Haftungstatbestand nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Die leitenden Gesichtspunkte waren vielmehr, wie in den römischen Quellen der *bonae fidei iudicia*, „*dolus, culpa, casus, mora*“. Im Einklang damit hatte man die Rechtsfolge der Nichterfüllung unmittelbar in die Lehre vom Schadensersatz eingefügt. Mommsen bemängelte an der Lehre vom *casus*, daß man einen positiv abgegrenzten Begriff des *casus* aufgestellt und durch eine Vielzahl von Distinktionen die Trennungslinie zum Verschulden verwischt habe. Man habe dabei verkannt, daß der *casus* als Ereignis, das entweder nicht vorhergesehen oder jedenfalls nicht abwendbar war, durch etwas „rein Negatives“,³⁹ d.h. durch den Mangel an Verschulden gekennzeichnet sei. Eine bloß negative Abgrenzung hätte den angestrebten Begriff allerdings ins Ungemessene erweitert; denn Ereignisse, die mangels Verschuldens dem Schuldner nicht angelastet werden können, treten fortwährend ein. Um ein solches Ereignis als befreiend anzuerkennen, müsse es auch in tatsächlicher Hinsicht auf die Bewirkung der Leistung von Einfluß gewesen sein.⁴⁰ Diesen Einfluß sah Mommsen im Unmöglichwerden der Leistung. Auf diese Weise hatte er einen sicheren Bezugspunkt für das Verschulden gefunden und zugleich die Zurechnungsintensität innerhalb eines scharf konturierten Rahmens (die Leistung ist noch möglich) auf einem im Vergleich zur Fahrlässigkeit höheren Niveau fixiert.⁴¹

Die Tendenz zu einer stärkeren Beachtung der Praktikabilität der Risikozurechnungsregeln ließ auch die der materiellen Gerechtigkeit verpflichtete Doktrin von der *clausula rebus sic stantibus* absterben, die sich im 18. und 19. Jahrhundert immer reicher entfaltet hatte und sogar in die Kodifikationen des Vernunftsrechts eingegangen war.⁴² In voller Übereinstimmung mit dieser Entwicklung verzichtete der BGB-Gesetzgeber nahezu völlig auf die Aufnahme der „*clausula rebus sic stantibus*“-Figur, in der er, ebenso wie in der Voraussetzungslehre Windscheids, eine Gefährdung der Verkehrssicherheit erblickte.⁴³ Den Rücktritt vom Vertrag wegen veränderter Umstände gestattete er – wie er ausdrücklich hervorhob – nur noch

³⁷ Flume, AT, S. 509; ders., in: 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I, S. 219; Lange, Festschrift Giesecke, S. 29.

³⁸ Vgl. Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, S. 35.

³⁹ Mommsen, Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf die obligatorischen Verhältnisse, S. 244f.

⁴⁰ Prot. II, S. 690.

⁴¹ Das wird von Mommsen, Unmöglichkeit aaO., S. 2f. vordergründig damit begründet, daß in allen Fällen der bloßen Leistungerschwerung die Nichterfüllung ihren Grund im Willen des Schuldners habe, also willkürlich sei. Hierzu Jakobs, Unmöglichkeit aaO., S. 121 ff.

⁴² Pfaff, Festschrift Unger, S. 221 ff.

⁴³ Prot. II, S. 690.

„ausnahmsweise“⁴⁴ beim Vertrag über die Hingabe eines Darlehens, da in einem derartigen, einfachen und leicht zu übersehenden Fall die Aufstellung einer solchen Regel unbedenklich sei; andere vergleichbare Konstellationen der Leistungser schwerung seien hingegen so verschiedenartig, daß sie sich einer allgemeinen Regel entzögen.⁴⁴

Auf der gleichen Linie lag zu der Zeit, als das BGB entstand, die allgemeine Diskreditierung des Begriffs der höheren Gewalt. Anhand dieses Begriffes hätte sich noch am leichtesten eine Abschwächung der Zurechnung des Risikos einer Aufwandserhöhung erreichen lassen, die mit der Wettbewerbsidee und dem Ziel einer optimalen Risikosteuerung im Einklang steht. Das Unbehagen an der Unschärfe und der angeblichen Konturenlosigkeit der „höheren Gewalt“ war so stark, daß Goldschmidt⁴⁵ in seinem Gutachten zum Entwurf des deutschen HGB vorschlug, diesen Begriff gänzlich fallen zu lassen. Zum selben Ergebnis kam der 22. Deutsche Juristentag,⁴⁶ der dem Gesetzgeber einstimmig empfahl, im Bürgerlichen Recht auf das als vage und mysteriös empfundene Kriterium der „höheren Gewalt“ zu verzichten. Er fand hiermit beim Gesetzgeber⁴⁷ durchaus Anklang, der im Zusammenhang mit der Verteilung der Gefahr nutzlosen Aufwandes erklärte, es sei ratsam, den nicht zweifelsfreien Begriff der „höheren Gewalt“ so weit wie möglich zu vermeiden.

Der Gesetzgeber hat die Vernachlässigung materieller Vertragsgerechtigkeit zugunsten einer leicht und zuverlässig zu handhabenden Risikoordnung selbst bemerkt. Er entzog sich aber den hierdurch heraufbeschworenen Problemen durch einen pauschalen Hinweis auf die Möglichkeit sachgerechter Auslegung, falls die dem Vertrag zugrunde liegende Planung offengelegt worden sei.⁴⁸ Im übrigen – so führte er aus – müsse er sich, soweit nicht das Fehlen wesentlicher Voraussetzungen in Sondervorschriften geordnet sei, mit der Verweisung auf Treu und Glauben sowie die Verkehrssitte begnügen und erwarten, daß die Rechtsanwendung damit auskommen werde.⁴⁸

§ 2 Kritische Betrachtung der Ansätze zur Rechtsfortbildung

Die ursprüngliche, um den Unmöglichkeitsgedanken kreisende Konzeption der Verteilung der Risiken einer Aufwandserhöhung und Zweckstörung ist heute allenthalben zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der materiellen Vertragsgerechtigkeit⁴⁹ durchbrochen worden. Die Berechtigung hierzu leitete man unmittelbar

⁴⁴ Mot. II, S. 315.

⁴⁵ Goldschmidt, ZHR 3, 385.

⁴⁶ Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages (1892), Bd I, S. 348ff; Bd. II, S. 41ff; Bd. IV, S. 104ff; vgl. ferner Adamkiewicz, Gruch 59, 577ff.

⁴⁷ Prot. II, S. 335.

⁴⁸ Mot. II S. 199; Prot. II S. 690.

⁴⁹ Wieacker, Festschrift Wilburg S. 231; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (GG), S. 79.

aus § 242 BGB⁵⁰ ab. Andere stützten sich auf die Idee der ausgleichenden Gerechtigkeit, der im Gesetz nur lückenhaft Rechnung getragen worden sei.⁵¹ Schließlich berief man sich auf die immanenten Schranken der Vertragsbindung.⁵² Es kann hier dahingestellt bleiben, ob die Korrektur des ursprünglichen Systems der Risikoverteilung als Rechtsfortbildung *contra legem*, in der ein gesetzgeberischer Fehler⁵³ ausgeglichen wurde, oder⁵⁴ als Lückenfüllung *praeter legem*⁵⁵ zu verstehen ist, wofür der von der zweiten Kommission selbst gewiesene Ausweg in Richtung auf eine stärkere Betonung des Grundsatzes von Treu und Glauben spricht. Einigkeit besteht jedenfalls insoweit, daß die Risiken der Aufwandserhöhung und Zweckstörung nicht mehr allein auf der Grundlage der „Möglichkeit“ bzw. der „Unmöglichkeit“ der Leistung zugeordnet werden können. Die Geltungskraft der §§ 275, 279, 323 I BGB, um nur einige wesentliche Vorschriften zu nennen, ist heute beschnitten. In diesem negativen Sinne kann der Durchbrechung des ursprünglichen Systems der Risikoverteilung der Rang von Gewohnheitsrecht⁵⁶ zuerkannt werden.

So einmütig man sich in der Notwendigkeit ist, die Tragweite des Unmöglichkeitsgedankens einzuschränken, so umstritten ist das Ausmaß der Korrektur und der sie tragenden Wertungen. Eine ungeheure Vielfalt von Lösungsansätzen streitet um Beachtung. Sie liegen, wie ein kurzer Überblick beweist, auf den verschiedensten Ebenen. So versuchte man auf psychologischer Basis die besondere Relevanz gewisser Risikofaktoren für die Vertragsgerechtigkeit herauszustellen. Andere knüpften an den Vertrauensschutz des Versprechensempfängers an. Daneben wurden rechtsethische Grundsätze aufgestellt, die es bei bestimmten Risiken dem Gläubiger verbieten, sich auf ein an sich gültiges Versprechen zu berufen. Darüber hinaus unternahm man es, Maßstäbe für ein Gleichgewicht des Wertes von Leistung und Gegenleistung zu entwickeln. Die hierzu erforderlichen Kriterien wollen die einen unmittelbar dem Versprechen bzw. dem konkreten Vertrag, andere allgemeinsten Billigkeitserwägungen entnehmen. Außer diesen mehr an der objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung orientierten Lösungen wurden primär risikoorientierte Kriterien eingeführt, die eine bessere Verteilung der Gefahr von Leistungerschwerungen und Zweckstörungen erlauben sollen. So hob man auf den Umfang der Leistungerschwerung, auf die konkrete Beherrschbarkeit sowie darauf ab, aus

⁵⁰ BGH, LM Nr. 27 zu § 242 (Bb) BGB.

⁵¹ Larenz, GG, S. 56; Brox, JZ 66, 766; Schmidt-Rimpler, Festschrift Nipperdey (1955), S. 21; Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 46 ff.

⁵² Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242, Anm. 368.

⁵³ Erman, JZ 65, 660 f; wohl auch Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 178.

⁵⁴ Zu diesem methodologischen Gegensatz Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 354 ff.

⁵⁵ So z. B. Larenz, GG, S. 56; Brox, JZ 66, 766; Schmidt-Rimpler, Festschrift Nipperdey (1955), S. 21; Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 368; Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, S. 29 ff; Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 114 ff.

⁵⁶ Vgl. zu diesem Verständnis des Gewohnheitsrechtes Canaris, RdA 66, 49; Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 241.

wessen Sphäre das Risiko stammte bzw. in wessen Bereich es sich zuerst realisierte. Schließlich wurde der Gedanke ins Spiel gebracht, daß derjenige, der ein Risiko veranlaßt habe, es auch auf sich nehmen müsse.

Trotz der Mannigfaltigkeit dieser Lösungsansätze kann das Problem einer gerechten Verteilung des Risikos einer Aufwandserhöhung, der Zweckstörung sowie des ergänzenden Schadensersatzes (§§ 286, 325 f BGB) auch heute noch nicht als befriedigend bewältigt gelten. Alle bislang vorgetragenen Korrekturversuche krankten nämlich an dem Fehler, daß entweder die ihnen zugrunde liegenden Wertungen nicht zu überzeugen vermögen oder daß die von ihnen entwickelten Maßstäbe für die Risikozuordnung schemenhaft bleiben und letztlich in eine weitgehend prinzipienlose Güter- und Interessenabwägung einmünden. Das soll im folgenden anhand der wesentlichsten bisher formulierten Lösungsvarianten näher dargelegt werden.

I. Die Lösungsansätze auf psychologischer Grundlage

1. Der psychologisierende Ausgangspunkt Oertmanns

Oertmann⁵⁷ verstand unter der Geschäftsgrundlage, die unter Umständen eine vom BGB abweichende Risikozuordnung eröffnen soll, eine psychologisch reale Vorstellung, die für den Willensentschluß der einen vom Risiko betroffenen Vertragspartei bestimmend geworden sei. Seine Formel lautet: „Geschäftsgrundlage ist die beim Geschäftsabschluß zutage tretende und vom etwaigen Gegner erkannte und nicht beanstandete Vorstellung eines Beteiligten oder die gemeinsame Vorstellung mehrerer Beteiligter vom Sein oder vom Eintritt gewisser Umstände, auf deren Grundlage der Geschäftswille aufbaut.“

Die Grenze dieser psychologischen Betrachtungsweise wird dort überschritten, wo die Äquivalenzstörung durch Ereignisse hervorgerufen worden ist, die unvorhersehbar waren. Über derartige Entwicklungen haben sich die Parteien keine Gedanken gemacht, geschweige denn, sie zu erkennen gegeben. Dem kann man auch nicht entgegenhalten, in Fällen unvorhersehbarer Störung einer an sich für sicher gehaltenen Tatsachengestaltung sei der psychologische Vorgang zwar nur abgeblaßt, doch fehle er nicht völlig, weil niemand ganz ohne Vorstellung handle: Wer bei seinem Willensentschluß nicht die Vorstellung eines möglichen Wechsels im Auge gehabt habe, der baue eben seine Entscheidung auf der Grundlage der vorhandenen oder als vorhanden angenommenen Gegenwart auf. Aus der Tatsache, daß niemand ohne Vorstellung handelt, folgt jedoch keineswegs, daß sich der Handelnde gerade im Hinblick auf die Möglichkeit eines bestimmten störenden Ereignisses oder auf bestimmte Faktoren der zukünftigen Entwicklung Gedanken gemacht hat. Hat eine Partei zu gewissen Punkten, die später ihre Äquivalenzentscheidung in Frage stellen, überhaupt keine Überlegungen angestellt, so ist ihr im Sinne psychologischer Realität auch nicht die positive Vorstellung von der Fortdauer der gegenwärtigen

⁵⁷ Oertmann, Die Geschäftsgrundlage (GG), S. 37.

Verhältnisse zu Bewußtsein gekommen. Damit erweist sich – wie heute anerkannt ist – der psychologische Ansatz gerade in den für eine sachgerechte Korrektur der §§ 275, 279 BGB besonders wichtigen Fällen als untauglich, in denen unvorhersehbare Entwicklungen, an die die Parteien keinen Gedanken verschwendet haben, zu *Leistungserschwerungen* führen.⁵⁸ Die Geschäftsgrundlage kann demnach selbst bei unvorhersehbarer Umwälzung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die für die Leistung erheblich sind, nicht fortgefallen sein.

2. Der Ansatz Schmidt-Rimplers

Vor dem Vorwurf, daß wesentliche Planungsfehler, die auf einer unvorhersehbaren Entwicklung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen beruhen, durch einen psychologisierenden Ansatz nicht erfaßt werden können, ist eine Theorie gefeilt, die die Frage der Risikoziordnung auf die Basis der Fehlplanung und subjektiven Äquivalenzstörung stellt. Mögen nämlich auch die Parteien über die Möglichkeit eines grundlegenden Umsturzes der wirtschaftlichen Verhältnisse nicht nachgedacht haben, so haben sie doch den Leistungsaustausch wenigstens in groben Zügen geplant. So hat sich der Gläubiger mit Sicherheit Vorstellungen über die Verwendung gemacht, der er die Leistung zuführen will. Ferner ist der versprochene Leistungserfolg als solcher (Primärzweck) in die Planung eingegangen. Im Hinblick auf die für die Leistung notwendigen Aufwendungen des Schuldners mag die Planung häufig äußerst lückenhaft sein. Oberflächliche Schätzungen der erforderlichen Kosten, sei es auch nur in der Form, daß die üblichen Kosten anfallen werden oder gewisse Höchstbeträge nicht überschritten werden, fehlen kaum jemals, da sich kein Schuldner verpflichten wird, ohne zumindest in groben Zügen die auf ihn zukommenden Lasten zu erwägen. Läßt sich der Verwendungszweck nicht realisieren oder liegen die Kosten jenseits der vorgestellten Höchstbeträge, so fallen Planung und Wirklichkeit auseinander, und es realisiert sich das Risiko einer Leistungserschwerung bzw. einer Zweckstörung. Die Störungsquelle mag wie bei Veränderungen der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse in einem Bereich liegen, an den die Parteien bei Vertragsschluß normalerweise gar nicht denken. Entscheidend für diesen psychologischen Ansatz der Risikoverteilung ist aber, daß die Störung zeigt, daß die Planung eines der Vertragspartner auf einer falschen Grundlage aufgebaut war.

Die durch derartige Planungsfehler hervorgerufenen Äquivalenzstörungen nimmt Schmidt-Rimpler⁵⁹ zum Ausgangspunkt seines Lösungsvorschlages.⁶⁰ Seiner Ansicht zufolge stellt die beiderseitige subjektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung eines der dem Vertrag immanenten und ihn tragenden Richtigkeitselemente

⁵⁸ Larenz, GG, S. 9f; Fikentscher, Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos (GG), S. 6; Kegel, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, S. 155f; Locher, AcP 121, 14ff.

⁵⁹ Schmidt-Rimpler, Festschrift Nipperdey (1955), S. 5ff.

⁶⁰ Ähnlich im Ansatz Krückmann, AcP 128, 157ff; 131, 1ff, 257ff; Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 178ff, 210ff; Rothoef, AcP 170, 237.

dar. Der Wille der einzelnen Vertragspartner verbürge zwar keine Richtigkeit, sondern es sei im Gegenteil damit zu rechnen, daß die Parteien ihr Interesse ohne Rücksicht auf die Gerechtigkeit verfolgen. Wo jedoch beide Vertragspartner dem Austausch zustimmen müßten, werde es jeder ablehnen, eine in seinen Augen unrichtige Rechtsfolge auf sich zu nehmen, wenn das Wertverhältnis der eigenen Leistung zur Gegenleistung nachteilig sei. Auf diese Weise werde zwar nicht sicher, aber doch mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit das „Richtige“ vereinbart. Diese Richtigkeitsgewähr erscheine allerdings dort als ungesichert, wo auch nur die Wertung einer Partei, wie sie sich unter dem Druck des Vertragspartners endgültig herauskristallisiert habe, entweder auf falschen Voraussetzungen beruhe oder die Voraussetzungen nachträglich fortfallen. Die Wertungen der Parteien, d.h. die subjektiven Äquivalenzentscheidungen, böten alsdann keine Gewähr für Richtigkeit mehr. In diesem Zusammenhang sei es völlig gleichgültig, ob die vereinbarte Rechtsfolge aus normativen, von der Partei nicht berücksichtigten Wertungen heraus doch als objektiv richtig erachtet werden müsse, da sich das Recht im vertraglichen Bereich jeglichen Urteils über die „Richtigkeit“ enthalte.⁶¹

Stellt man allein die Richtigkeitsgewähr im Sinne Schmidt-Rimplers in den Mittelpunkt der Risikoordnung, so gelangt man – was Schmidt-Rimpler⁶² durchaus nicht verkennt – zu einer umfassenden Berücksichtigung des Motivirrtums.⁶³ Jede Fehlplanung, wie beispielsweise die unzutreffende Prognose der Bedürfnisse durch den Gläubiger oder eine unzulängliche Berücksichtigung von Kosten, die normalerweise jeder Fachmann einkalkuliert hätte, kann die subjektive Äquivalenzentscheidung erschüttern und bei der davon betroffenen Vertragspartei den Wunsch hervorrufen, sich vom Vertrag zu lösen. Würde man diesem Wunsch uneingeschränkt Rechnung tragen, so wären alle Vertragsschlüsse provisorisch⁶⁴ und die Vertragsbindung illusorisch.

So sieht sich denn auch Schmidt-Rimpler genötigt, für eine sachgerechte Risikoverteilung neben der aus der Richtigkeitsgewähr des Vertrages abgeleiteten Wertung *weitere normative Elemente* heranzuziehen, anhand derer das Urteil zu fällen ist, ob der Vertragspartner, für den das Austauschverhältnis „unrichtig“ geworden ist, an seinem Versprechen festzuhalten ist. Damit verlagert sich das Schwergewicht der Risikoordnung auf die normativen Elemente, die einzelne für die subjektive Äquivalenz maßgeblichen Daten aus der Fülle der für die Risikobelastung möglicherweise relevanten Planungsfaktoren herausheben. Im folgenden Abschnitt sollen daher die von Schmidt-Rimpler ins Spiel gebrachten Wertungen zusammen mit den Risikoverteilungskriterien erörtert werden, die von den Vertretern abweichender Theorien verwandt werden.

⁶¹ Schmidt-Rimpler, Festschrift Nipperdey (1955), S. 9 f.

⁶² Schmidt-Rimpler, Festschrift Nipperdey (1955), S. 11.

⁶³ Zum Begriff des Motivirrtums, Goltz, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, S. 1 f.

⁶⁴ Machlup, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), Bd. 12, S. 45 „Wettbewerb III“.

II. Die Lösungsansätze mit Hilfe von normativen Kriterien

1. Die „Erkennbarkeit“ von Planungsfaktoren für den Vertragspartner

Die Erkennbarkeit von Planungsfaktoren für den Vertragspartner, beziehungsweise deren positive Kenntnis, gehört zu den ältesten Risikoordnungsselementen,⁶⁵ mit deren Hilfe das am Unmöglichkeitsgedanken orientierte Risikoverteilungssystem korrigiert und die Vertragsbindung abgeschwächt werden sollte. Daß es zur Lösung dieses Problems untauglich ist, steht heute außer Streit.⁶⁶ Die Ansicht, diejenige Partei, die die Bedeutung eines bestimmten Planungsfaktors für ihren Vertragspartner erkennen konnte oder ihn sogar kannte, dürfe weniger stark auf die Erfüllung des Vertrages vertrauen, da sie hinreichend gewarnt sei, vernachlässigt den Umstand, daß die Leistung ohne Bedingung versprochen worden ist. Auf dieses Versprechen darf der Versprechensempfänger voll vertrauen,⁶⁷ soweit der Versprechende nicht aus Gründen der materiellen Austauschgerechtigkeit von der Gefahr einer Fehlplanung entlastet wird.⁶⁸

Die Berücksichtigung der Erkennbarkeit der Planung im Rahmen des Risikoverteilungssystems würde nämlich nur in einer dem Verkehrsfluß überaus hinderlichen Art die Geschwätzigkeit desjenigen Vertragspartners prämiieren, der alle seine Überlegungen unaufgefordert offenlegt.⁶⁹ Vor allem aber würde man die Idee der Arbeitsteilung aushöhlen. Der Schuldner, der beispielsweise seine Kalkulation preisgibt, könnte damit das gesamte Leistungserschwerungsrisiko auf den Gläubiger abwälzen, obgleich er doch regelmäßig im arbeitsteiligen Austausch nur eingeschaltet wird, weil er als Fachmann die Risiken, die mit der Leistung verbunden sind, besser zu überblicken vermag.⁷⁰ So wird typischerweise der Werkunternehmer, der sich mit Material eindecken muß, die Situation auf den ihm vorgelagerten Märkten besser beurteilen können,^{71/72} weil er mit ihnen häufiger in Kontakt kommt. Dementsprechend sicherer vermag er auch das Risiko von Kostensteigerungen vorherbestimmen und ihnen bei der Bemessung des Entgelts durch angemessene Wagniszuschläge Rechnung zu tragen.

Plausibler erscheint das Kriterium der Erkennbarkeit bei solchen subjektiven Äquivalenzstörungen, die aus Rechenfehlern stammen, – zumal das Argument von

⁶⁵ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, 5. Aufl., S. 287.

⁶⁶ Statt aller Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, S. 44 f. Zur Frage des Kalkulationsirrtums Erman-Westermann, BGB, 4. Aufl., § 119 Anm. 10 f; OLG Köln, MDR 59, 660; offengelassen BGH, BB 71, 632 f; vgl. aber BGH, WM 75, 919.

⁶⁷ Zur Vertragstreue vgl. Nachweise oben Fn. 2.

⁶⁸ Vgl. auch Kegel, Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages (DJT), S. 156; BGH, LM Nr. 60 zu § 242 (Ba) BGB.

⁶⁹ A. Blomeyer, SchR, S. 146; Goltz, Motivirrtum aaO., S. 217.

⁷⁰ Vgl. Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, S. 150; BGH, DB 67, 1172; RGZ 107, 158.

^{71/72} Zutr. im Ergebnis daher Flume, AT, S. 504 gegen RG, JW 1927, 1362; vgl. auch OLG Nürnberg, JW 30, 1081 f.

Brox,⁷³ es sei schwer einzusehen, warum die fehlerhafte Behandlung der Rechenmaschine anders beurteilt werde als die der Schreibmaschine, zunächst recht bestehend ist. Bei eingehenderer Untersuchung erweist es sich aber auch als zu schwach, um eine Risikoentlastung der sich irrenden Vertragspartei zu rechtfertigen. Fehlen dem sich verrechnenden Vertragspartner auch rollenspezifisch bessere Beherrschungsmöglichkeiten, so darf doch nicht übersehen werden, daß der Rechenfehler in seiner Sphäre liegt. Das verbietet grundsätzlich, den Vertragsgegner nur deshalb am Risiko zu beteiligen, weil er die Rechenoperationen hätte unschwer nachprüfen können. Andernfalls würde man den Vertragsgegner häufig zu überflüssigen Kontrollmaßnahmen und unökonomischer Doppelarbeit zwingen, wenn er nicht Gefahr laufen will, daß sich sein Vertragspartner unter Berufung auf einen Rechenfehler dem Versprechen entzieht. Dem BGH⁷⁴ ist daher voll zuzustimmen, wenn er in einem Fall, in dem der Käufer in Anwesenheit des Verkäufers Fehler bei der Umrechnung von Dollar in Deutsche Mark machte, betonte, daß Umstände, die nur dem Risikobereich eines Teiles zuzurechnen sind, in der Regel nicht gestatten, sich auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu berufen.⁷⁵

Mit dieser Form der Risikoverteilung wird auch keine unüberbrückbare Kluft zu der Anfechtung wegen Verschreibens bzw. Versprechens aufgerissen. Anders als bei den Konstellationen echter Kommunikationsfehler liegt der Akt des Verrechnens weit vor der Abgabe der alles entscheidenden Willenserklärung. Der Erklärende, der seinen Willen noch nicht formuliert hat, wird sich daher eher in der Lage finden, seine Rechenoperationen eingehend zu kontrollieren, bevor er sie seiner Äquivalenzentscheidung zugrunde legt. Hat er seinen Willen hingegen bereits formuliert, so wird ihm normalerweise, sofern Formulierung und Kundgabe nicht ohnehin zusammenfallen, viel daran gelegen sein, seine Erklärung schnellstmöglich dem Empfänger zugehen zu lassen. Ferner ist zu berücksichtigen, daß die Relevanz von Kommunikationsirrtümern ohnehin dem Grundsatz widerspricht, daß jeder die aus seiner Sphäre stammenden Gefahren selbst zu tragen hat. Man sollte den Kreis der Risiken, in denen dieses Prinzip durchbrochen wird, möglichst klein halten.

Immerhin könnte man daran denken, das Element der Erkennbarkeit dort zum Anlaß einer Risikoentlastung zu nehmen, wo der Planungsfehler einem Bereich entstammt, dem beide Vertragspartner gleich nahe stehen. Diese Fallkonstellation taucht beispielsweise bei Irrtümern über den Marktpreis auf, den die eine Partei nicht unterschreiten, die andere nicht überschreiten will. Obwohl in Hinblick auf den Preis, zu dem die versprochene Leistung üblicherweise⁷⁶ gehandelt wird, keine

⁷³ Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 64f; so auch Wieser, NJW 72, 709.

⁷⁴ BGH, DB 67, 1172.

⁷⁵ Vgl. auch Canaris, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 218.

⁷⁶ Das mag beispielsweise bei Bankgeschäften zweifelhaft sein, wenn auf der anderen Seite kein institutioneller Anleger steht. Im Rahmen der Geschäftsbeziehungen mit den normalen Anlegern nimmt die Bank, wie Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, S. 59ff, herausgearbeitet hat, eine Sonderstellung ein. In der Masse der Austauschverhältnisse steht jedoch beiden Parteien der gleiche Zugang zu den in Betracht kommenden Informationsquellen offen.

der Parteien einen Informationsvorsprung besitzt, kann auch hier der Umstand, daß der Schuldner wegen eines Irrtums über den Marktpreis ein zu geringes Entgelt fordert bzw. der Gläubiger zuviel bewilligt und dies für den jeweiligen Vertragspartner erkennbar ist, keine Risikoentlastung rechtfertigen.⁷⁷ In einer vom Wettbewerb getragenen Wirtschaft soll sich jede Vertragspartei auf eigene Gefahr über die Angebots- und Nachfragesituation auf dem Markt erkundigen. Der Gläubiger soll versuchen, die Angebote soweit wie möglich zu drücken. Er mag sich auf dem Markt informieren, ob andere Anbieter zu höheren oder niedrigeren Preisen offerieren, wenn ihm die Hoffnung auf ein günstigeres Angebot diesen Aufwand wert ist. Verzichtet er darauf, so läuft er nur Gefahr, eine günstige Gelegenheit zu versäumen.⁷⁸ Sich über die Intensität der Nachfrage zu unterrichten, ist in erster Linie Sache des Schuldners. Für den Gläubiger ist sie nur insoweit von Interesse, als er daraus schließen kann, wie groß die Chance ist, Druck auf die Preise auszuüben.⁷⁹ Gerade die Intransparenz des Marktes ist, wie heute in der wirtschaftspolitischen und wettbewerbsrechtlichen Diskussion allgemein anerkannt ist,⁸⁰ ein wesentlicher Motor der Preissenkung.⁸¹ Weil der Schuldner eben nicht genau weiß, wie groß die Intensität der Gesamtnachfrage ist, vor allem aber, zu welchen Preiskonkzessionen konkurrierende Anbieter bereit sein könnten, fühlt er sich gezwungen, durch – geheime – Preiszugeständnisse zum Abschluß von Verträgen zu gelangen. Diese wettbewerbsfördernde Unsicherheit um die Reaktion der Konkurrenten darf nicht dadurch abgebaut werden, daß der Schuldner zu erkennen gibt, die Offerte beruhe auf dem Marktpreis. Die gleichen wettbewerbsschädlichen Konsequenzen wären zu erwarten, falls man dem Gläubiger erlauben würde, die Gefahr, einen höheren Preis als seine Konkurrenten auf der Nachfrageseite zu bewilligen, durch einen Hinweis aus der Welt zu schaffen, er gehe davon aus, daß das vereinbarte Entgelt nicht über dem Marktpreis liege. Es gehört zur institutionellen Rolle des Nachfragers, daß er sich selbstverantwortlich unter dem Druck der Ungewißheit über den sich ständig neu bildenden Marktpreis ein Bild von der Knappheitssituation verschafft und dadurch laufend Druck auf die Anbieter ausübt.⁸²

⁷⁷ Wieser, NJW 72, 710.

⁷⁸ Unhaltbar daher OLG Bremen, NJW 63, 1455; dazu Markert, NJW 63, 1984; Zeiß, NJW 64, 480; Goltz, Motivirrtum aaO., S. 229f.

⁷⁹ Vgl. auch Canaris, Bankvertragsrecht, aaO. Anm. 790.

⁸⁰ Hoppmann, WuW 1966, 97ff; I. Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S. 25.

⁸¹ Das erkennt Wieser, NJW 72, 709.

⁸² Die Erkennbarkeit eines Planungsfehlers ist allerdings – wie Flume, AT, S. 493 zu Recht hervorhebt – dort erheblich, wo eine Vertragspartei den Motivirrtum ihres Gegners treuwidrig ausnutzt. (Vgl. auch RGZ 116, 18; Canaris, Bankvertragsrecht, aaO. Anm. 792.) Einen derartigen Treueverstoß wird man im allgemeinen nur annehmen können, wenn der Vertragspartei der Irrtum ihres Gegners bei Vertragsschluß positiv bekannt oder er doch so evident war, daß er sich ihr aufdrängen mußte. Selbst dann muß aber immer noch geprüft werden, ob nicht aus wirtschaftspolitischen Gründen dem Irrenden das volle Risiko aufzuerlegen ist. Dies ist beispielsweise auf oligopolistischen Märkten bei Irrtümern über den Marktpreis der Fall. Trotz Kenntnis der wahren Marktlage wird man in solchen Marktsituationen keine der Ver-

2. Die Gemeinsamkeit von Fehlvorstellungen

Ebenso untauglich für eine angemessene Risikoverteilung ist in der Regel das Kriterium der „Gemeinsamkeit“.

In der Diskussion um eine gerechte Risikozuordnung wird das Kriterium der „Gemeinsamkeit“ in einem doppelten Sinne gebraucht.

Zum einen wird es auf den *Vertragszweck* bezogen. So beruht Larenz⁸³ zufolge die vertragstypische Leistung immer auf einem gemeinsamen Zweck, weil jede Partei den Zweck der anderen mit herbeiführen wollen muß, um das eigene Ziel zu erreichen. Falls sich der Schuldner darüber hinaus Verwendungszwecke des Gläubigers zu eigen gemacht habe – beispielsweise,⁸⁴ indem er sie bei der Festsetzung des Entgelts berücksichtigt hat – so verwandle sich der normalerweise einseitige Verwendungszweck des Gläubigers in einen gemeinsamen Zweck beider Parteien.

Aus psychologischer Sicht führt die These vom gemeinsamen Vertragszweck in die Irre. Bei Austauschverträgen sind die Sachzwecke beider Parteien immer einander entgegengesetzt.⁸⁵ Das gilt auch für die vertragstypische Leistung. Der Verkäufer verfolgt nämlich nicht den Zweck „Übereignung des Kaufgegenstandes“, sondern allein seine eigene Bedürfnisbefriedigung mit Hilfe der aus dem Kaufvertrag erwarteten Vergütung. Der Käufer wiederum hat nur seine eigene Bedarfsdeckung im Auge. Gemeinsam ist den Parteien lediglich der Zweck, sich wechselseitig zu binden.⁸⁶

Der Begriff der Gemeinsamkeit kann daher nur in dem Sinne verstanden werden, daß beide Seiten *die gleichen Faktoren* im Rahmen ihrer subjektiven Äquivalenzzentscheidung *verwendet haben*. An diese Form der Gemeinsamkeit dachte Oertmann,⁸⁷ als er die Geschäftsgrundlage unter anderem als gemeinsame Vorstellung der Beteiligten vom Sein oder Eintritt gewisser Umstände qualifizierte und damit aus der Masse der Motivirrtümer heraushob.

Auch in dieser Form⁸⁸ ist das „Gemeinsamkeits“-Kriterium für eine sachgerechte Verteilung des Leistungerschwerungs- und Zweckstörungsrisikos ungeeignet.⁸⁹ Selbst wenn beide Parteien das gleiche Datum bei ihren Planungen zugrunde legen, so wirkt sich doch in der Regel ein gemeinsamer Irrtum völlig unterschiedlich auf sie aus.⁹⁰ Gehen zum Beispiel beide Parteien davon aus, daß der Marktpreis 100 beträgt,

tragsparteien zwingen dürfen, die andere über die von ihr ermittelte Marktlage aufzuklären, wenn man nicht die ohnehin geschwächte Wettbewerbsintensität weiter mindern will.

⁸³ Larenz, GG, S. 104 f.

⁸⁴ Es soll hier zunächst dahingestellt bleiben, daß Larenz den „gemeinsamen Zweck“ zur „objektiven“ Geschäftsgrundlage zählt.

⁸⁵ Statt aller Fikentscher, GG, S. 9, 26; Köhler, Unmöglichkeit aaO., S. 9.

⁸⁶ Flume, AT, S. 513, 515.

⁸⁷ Oertmann, GG, S. 37.

⁸⁸ Vgl. BGH, WM 71, 1303; ferner RG, GRUR 35, 890; BGH, NJW 67, 721 f.; WM 75, 919.

⁸⁹ Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, S. 156, 189, 196; Esser, JZ 58, 115; Goltz, Motivirrtum aaO., S. 228 f.; Emmerich, in: Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, S. 453.

⁹⁰ Das übersieht Brox, Irrtumsanfechtung aaO., S. 181.

dessen wirklicher Stand 110 ist, so wird der Käufer keinesfalls den Kauf rückgängig machen, wenn er später erfährt, daß er weniger als den aktuellen Marktpreis gezahlt hat. Trotz der Gemeinsamkeit der Fehlvorstellung bleibt nämlich die Äquivalenzentscheidung einer der Parteien ungestört.

Nur ausnahmsweise wird ein gemeinsamer Irrtum für den Entschluß beider Parteien, einen Vertrag zu schließen, *kausal* geworden sein. Larenz⁹¹ illustriert dies an einem der „Börsenkurs“-Fälle⁹² so: Der Nachfrager hatte seine Bank beauftragt, für ihn „bestens“ bestimmte Wertpapiere zu kaufen, deren Kurs infolge eines Druckfehlers im amtlichen Kurszettel nur mit einem Tausendstel des wahren Kurses angegeben war. Das Guthaben des Nachfragers deckte den Auftrag zum vermeintlichen Kurs, hingegen nur ein Zwanzigstel des wahren Auftragswertes. Der Filialleiter der Bank war gehalten, Aufträge abzulehnen, für deren Ausführung keine Deckung vorhanden war. Beide Parteien hatten mithin auf derselben Grundlage – dem falschen Kurs – den Vertrag aufgebaut. Der Nachfrager hätte nicht zu einem Kurs gekauft, der das Tausendfache des von ihm angenommenen Kurses betrug. Aber auch die Bank, wäre sie nicht im gleichen Irrtum befangen gewesen, hätte mangels Deckung den Auftrag nicht ausgeführt; sie hätte zumindest bei ihrem Kunden Rückfrage gehalten und eventuell Deckung verlangt.

Die Risikoverteilung in einem derartigen Fall sollte jedoch nicht von dem Zufall abhängig gemacht werden, wie groß das Guthaben des Kunden bei der Bank ist.⁹³ Unterstellt man, daß der Kunde über ausreichende Deckung verfügte, so liegt im „Börsenkurs“-Fall die typische Konstellation vor, daß sich beide Parteien über die Höhe des Marktpreises irren. Für die Bank, die „bestens“ verkauft, ist der Irrtum irrelevant, weil sie den wahren Marktpreis fordern könnte. Einen Verlust erlitt nur der Kunde, der ein höheres Entgelt bezahlen mußte, als er erwartet hatte.

Die mangelnde Kongruenz der Gemeinsamkeit im Irrtum und der Gemeinsamkeit in der Äquivalenzstörung tritt bei all den Kaufverträgen klar in Erscheinung, bei denen beide Parteien fälschlicherweise der Meinung sind, der vereinbarte Preis entspreche im wesentlichen dem Marktpreis. Liegt der wahre Marktpreis höher als die Parteien sich dies vorgestellt haben, so tangiert dies lediglich die Äquivalenzentscheidung des Verkäufers. Im Rahmen der Äquivalenzentscheidung des Gläubigers hat der Marktpreis nur die Bedeutung, daß es keine dritten Anbieter gibt, die bereit sind, den gewünschten Gegenstand zu einem niedrigeren Entgelt abzugeben. Er signalisiert dem Gläubiger das Ausmaß der Ausweichmöglichkeiten im Wettbewerb. Der Marktpreis stellt mithin für den Nachfrager kein Datum dar, dessen Unrichtigkeit seinen Entschluß, den Vertrag einzugehen, ins Wanken brächte, son-

⁹¹ Larenz, GG, S. 27 ff; ähnlich Brox, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, S. 181 ff.

⁹² RGZ 116, 15.

⁹³ Etwas anderes gilt dann, wenn man aus der Tatsache, daß die Bank normalerweise Aufträge nicht ohne Deckung ausführt, eine Pflicht der Bank gegen ihren Kunden herleitet, ihn darüber aufzuklären, daß bei Ausführung des Auftrages sein Konto überzogen werde. (So Rothoef, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, S. 187). Zur besonderen Schutzwürdigkeit von nicht-institutionellen Anlegern vgl. oben Fn. 76.

dern lediglich eine Obergrenze, die er nicht überschreiten, wohl aber unterschreiten will. Umgekehrt ist er auch für den Anbieter nur die Untergrenze.⁹⁴

Dem kann auch nicht mit Larenz⁹⁵ entgegengehalten werden, zumeist wolle jede Partei den fairen Ausgleich, den keiner zu bereuen habe. Als empirische Aussage ist diese Behauptung nicht nachgewiesen. Ihre Richtigkeit ist vielmehr recht unwahrscheinlich. Die vielen Auseinandersetzungen um die „gerechte“ Risikoverteilung zeigen, daß die von der Fehlinformation nicht unmittelbar betroffenen Vertragspartner nicht gewillt sind, auf die ihnen zugeflossenen Vorteile zu verzichten. Andernfalls hätten sie ja freiwillig in eine Vertragsänderung eingestimmt. Die normative Risikoverteilung kann also nicht ohne weiteres mit dem typischen Willen der Parteien verknüpft werden. Die bloße Tatsache, daß sich *auch* die von der Äquivalenzstörung *nicht betroffene Partei* geirrt hat, rechtfertigt nicht, den Gläubiger stärker vom Verwendungsrisiko und den Schuldner vom Aufwandserhöhungsrisiko zu entlasten. Es liegt nun einmal im Sinne der Arbeitsteilung, daß jede Partei selbständig plant und die sie treffenden Folgen einer Fehlplanung auf sich nimmt. Es wäre unökonomisch, wenn sich beide Parteien umfassend auf Fehlerquellen konzentrieren müßten, die für beide relevant werden können; denn der wirtschaftlich vertretbare Aufwand für die Steuerung eines Risikos hängt immer vom Ausmaß des potentiellen Schadens ab. Es sollte sich daher nur diejenige Partei intensiver um die Beherrschung derjenigen Folgen einer „gemeinsamen“ Risikoquelle bemühen, die von ihnen *unmittelbar bedroht* wird. Dieser Zwang zum ökonomischen Einsatz der Mittel entfällt, wenn eine der Parteien die ihr zur Last fallenden Risikofolgen mit dem Argument abwälzen könnte, dem Vertragspartner sei die gleiche Fehlplanung unterlaufen. Jede Partei müßte dann nämlich bei der Entscheidung, inwieweit sie ihre Kräfte zur Gefahrensteuerung einsetzen soll, auch die Verluste berücksichtigen, die sich beim Vertragsgegner einstellen können. Das erhellt folgendes Beispiel. Sind der Einkäufer einer Kraftfahrzeugfabrik und der Lieferant von Reifen darüber einig, daß sich in absehbarer Zeit die Preise für Rohgummi nicht ändern werden, so ist diese Überzeugung für die Äquivalenzentscheidung beider Parteien relevant, da der Einkäufer versuchen wird, unter Hinweis auf das geringe Wagnis die Preise zu drücken,⁹⁶ und der Verkäufer andererseits eher bereit sein wird, dem nachzugeben. Ordnet man in Übereinstimmung mit der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption die Gefahr von Preiserhöhungen dem Verkäufer und von Preissenkungen dem Käufer zu, so wird der Verkäufer seine Aufmerksamkeit auf Indizien konzentrieren, die steigende Rohstoffpreise signalisieren und um so mehr Mittel auf die Marktforschung verwenden, als er Anlaß hat, eine Hausse auf dem Rohstoffmarkt zu befürchten. Der Käufer wird sich hingegen primär mit den Anzeichen für sinkende Preise beschäftigen, die für ihn eine Verlustquelle darstellen. Würde man nun in dem

⁹⁴ Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, S. 196; H. Lange, Festschrift Giesecke, S. 34; Goltz, Motivirrtum aaO., S. 228f; Giesen, JR 71, 406; Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 180.

⁹⁵ Larenz, GG, S. 163.

⁹⁶ Vgl. auch OLG Düsseldorf, NJW 70, 2027f, zu einem Fall, in dem über die Höhe des zukünftigen Umsatzes gesprochen wurde.

Fall, daß beide Parteien zu dem Ergebnis stabiler Preise kommen, wegen der Gemeinsamkeit des Irrtums eine Risikoentlastung gewähren, so würde sich das Risiko für beide Parteien verlagern. Der Verkäufer müßte nun auch mit der Gefahr rechnen, daß sich sein Vertragspartner bei Preissenkungen vom Vertrag löst und sich zu niedrigeren Preisen eindecken will, während der Käufer das umgekehrte Risiko im Falle von Preissteigerungen läuft. Beide Parteien hätten sich daher auch stärker mit der Wahrscheinlichkeit einer Preisentwicklung zu beschäftigen, die in erster Linie für ihren jeweiligen Vertragspartner bedeutsam war. Der Verkäufer müßte sich also, nachdem er zuerst nur den Preissteigerungstendenzen intensiv nachgegangen war, entscheiden, in welchem Ausmaß er sich gegen die Gefahr von Preiseinbrüchen absichern soll. Der Käufer wiederum müßte sein besonderes Augenmerk von denkbaren Preissenkungen auf Preissteigerungen lenken. Ein unökonomischer Einsatz der Mittel zur Risikosteuerung wäre mithin unvermeidbar, wenn man die Risikoverteilung davon abhängig machen würde, ob beiden Parteien in Hinblick auf die gleichen Daten ein Fehler unterlaufen ist.

Überdies würde die *Häufigkeit* von solchen „gemeinsamen“ Fehlern das Vertrauen auf die Bindungswirkung des Vertrages aushöhlen. Derartige „Gemeinsamkeiten“ sind nämlich nicht nur in Ausnahmesituationen anzutreffen.

So wird sich – um ein Beispiel herauszugreifen – der Gläubiger mit dem Schuldner regelmäßig in der Ansicht einig sein, daß dieser bei Vertragsschluß leistungsfähig ist.⁹⁷ Verhältnismäßig oft werden auch bei der Verwendungsplanung Gemeinsamkeiten von Planungsfaktoren auftauchen. Auf einem polypolistisch strukturierten, statischen Markt, auf dem die Anbieter die unter vollkommenem Wettbewerb entstandenen Marktpreise als unbeeinflussbare Tatsache hinnehmen und als Aktionsparameter nur die Steuerung der Produktionsmenge entsprechend den sich ändernden Marktpreisen einsetzen können, werden dem Anbieter zwar die Verwendungsmöglichkeiten der von ihm vertriebenen Güter vielfach gleichgültig sein.⁹⁸ Derartige Märkte sind jedoch recht selten. Normalerweise sind die Märkte durch eine recht beschränkte Zahl von Anbietern und Nachfragern, einen ständigen Wechsel von Angebots- und Nachfrageüberschüssen, eine Vielzahl von Präferenzen sowie eine dauernde Dynamik⁹⁹ durch innovatorische Verbesserungen der Leistung, die durch die Konkurrenten alsbald wieder eingeholt werden, gekennzeichnet. Auf diesen Märkten nimmt jeder Teilnehmer eine beschränkte Monopolstellung ein. Im Gegensatz zum polypolistischen Anbieter vermag er nach seinen Vorstellungen entweder die Menge oder den Preis in gewissem Umfang durchzusetzen. Er ist kein bloßer „Mengenanpasser“. Vielmehr sind Preis und Qualität der Waren für ihn ein wichtiger Aktionsparameter¹⁰⁰ auf dem Markt. Deshalb kann ihm auch die Bedürfnisstruktur auf der Nachfrageseite nicht gleichgültig sein, die für die Preise, die die

⁹⁷ H. Lange, Festschrift Giesecke, S. 34; Krückmann, Anm. zu RG, JW 21, 738ff.

⁹⁸ Woll, Lehrbuch der Volkswirtschaftslehre, S. 68, 148.

⁹⁹ Hoppmann, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 88ff.

¹⁰⁰ Woll, Volkswirtschaftslehre aaO., S. 144ff.

Nachfrager zu bewilligen bereit sind, eine ausschlaggebende Rolle spielt. Jeder industrielle Anbieter wird aus diesem Grunde dauernd die Verwendungsmöglichkeiten, die seinen Kunden offenstehen, im Auge behalten.

Besonders deutlich wird die „Gemeinsamkeit“ der Planungsfaktoren bei allen Fallgruppen der Preisdiskriminierung. Hierher zählen beispielsweise die Zonen- und Basensysteme, mit deren Hilfe die räumliche Verteilung der Käuferbedürfnisse berücksichtigt wird, ebenso wie die Fälle von Preisaufschlägen für Luxusprodukte, die Differenzierung der Elektrizitätspreise für Haushaltungen und Gewerbe.¹⁰¹

Das Kriterium der „Gemeinsamkeit“ ist daher allenfalls¹⁰² *in Verbindung mit weiteren normativen Elementen* für eine sachgerechte Risikoverteilung tauglich.

Schmidt-Rimpler¹⁰³ zieht hierzu im wesentlichen das Verbot des *venire contra factum proprium* heran. Der Planungsfaktor, der sich später als unzutreffend erweise, sei beiden Parteien nicht fremd geblieben; denn sie hätten ihn – gleichgültig, ob selbständig oder auf Veranlassung ihres Vertragspartners – der eigenen Äquivalenzentscheidung zugrunde gelegt. Keiner der Vertragsschließenden dürfe unter diesen Umständen verlangen, daß die Rechtsordnung eine Rechtsfolge gewährleiste, „die er auch für sich selbst nicht als richtig begründen könne“. Sei bei einem langfristigen Liefervertrag die Kaufkraft des Geldes in einem unvorhersehbaren Ausmaß gefallen, so würde dem Käufer mit der Erfüllung des Versprechens ein von ihm selbst unerwartetes Geschenk in den Schoß fallen. Diesen Gewinn könne der Erwerber vor sich selbst nicht rechtfertigen, wenn er seinen eigenen Wertungsgrundsätzen treu bleiben wolle.¹⁰⁴

Ähnliche Überlegungen stellt auch Larenz¹⁰⁵ in Zusammenhang mit dem angeblich „gemeinsamen Vertragszweck“ an. Eine Entlastung vom Verwendungsrisiko wegen Gemeinsamkeit des Vertragszweckes soll nämlich nur dann eingreifen, falls sich der Schuldner den Verwendungszweck „zu *eigen*“ gemacht habe. Daneben bringt Larenz Elemente des objektiven Äquivalenzgedankens ins Spiel. Seiner Ansicht zufolge unterstellt jeder der Vertragsschließenden, indem er sich wechselseitig an das Erklärte binde, die von ihm gesetzte Norm zugleich dem *Gebot der „immanenten Vertragsgerechtigkeit“*. Bei redlicher Denkweise¹⁰⁶ wolle zwar jede Partei ihren Vorteil, aber keine Übervorteilung ihres Gegners.¹⁰⁷

¹⁰¹ Zu den verschiedenen Fallgruppen der Preisdifferenzierung vgl. *Woll*, Volkswirtschaftslehre aaO., S. 149f.

¹⁰² Vgl. unten S. 378 ff, wo Fälle behandelt werden, in denen ausnahmsweise die „Gemeinsamkeit“ rechtserheblich ist.

¹⁰³ *Schmidt-Rimpler*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 13 ff.

¹⁰⁴ Ähnlich *Brox*, Irrtumsanfechtung aaO., S. 181 ff.

¹⁰⁵ *Larenz*, GG, S. 161 ff.

¹⁰⁶ Das Kriterium „redlich“ verwendet auch *Lehmann, Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 179; ferner *Esser*, SchR I, 4. Aufl. S. 232.

¹⁰⁷ Ähnlich BGH, LM 60 zu § 242 (Bb) BGB; *Schmidt-Rimpler*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 14, wenn er argumentiert, bei einer unerwarteten Inflation falle dem Sachleistungsgläubiger ein unverhofftes Geschenk in den Schoß, und mit diesem Argument die Äquivalenz verneint.

Im folgenden soll gezeigt werden, daß weder die Elemente des *venire contra factum proprium* sowie des objektiven Äquivalenzgedankens im allgemeinen noch die „redliche Denkweise“ im besonderen den Schlüssel zu einer sachgerechten Verteilung der Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisiken liefern.

3. Das Verbot des *venire contra factum proprium*

Das Verbot des *venire contra factum proprium*¹⁰⁸ stellt kein geeignetes Mittel dar, um zusammen mit dem Element der „Gemeinsamkeit“ die ursprüngliche Konzeption der Verteilung der Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisiken zu korrigieren.

Man wird entgegen Schmidt-Rimpler einer Partei, die ihren von einer Äquivalenzstörung getroffenen Partner am Vertrag festhalten will, obwohl sie selbst den gleichen Planungsfaktor bei ihrer eigenen Wertung der Angemessenheit von Leistung und Gegenleistung verwandt hatte, kaum einen Selbstwiderspruch vorwerfen können.

Vom Ansatz Schmidt-Rimplers aus läge es vielmehr näher, derjenigen Partei, die ihr Versprechen nicht erfüllen will, einen Selbstwiderspruch anzukreiden, – ist doch der Vertrauensstatbestand, der mit dem Versprechen geschaffen worden ist, weit stärker als der Umstand, daß die beiderseitigen Äquivalenzentscheidungen auf gemeinsamer Grundlage beruhen. Schmidt-Rimpler übersieht zum anderen, daß normalerweise ein und dasselbe Datum für die Parteien völlig unterschiedliche Bedeutung besitzt.

Haben sich die Parteien über die Preise auf den Rohstoffmärkten unterhalten und sind beide zu dem Ergebnis gekommen, daß sie stabil bleiben werden, so signalisiert dieses Datum für den Verkäufer die Grenze, bis zu der die von ihm geforderten Preise kostendeckend sind. Für den Käufer hingegen ist dieser Faktor nur insoweit relevant, als von ihm die Möglichkeiten, den Preis zu drücken, abhängen können. Im Falle einer durch eine unerwartete Preissteigerung verursachten Leistungser schwerung setzt sich der Käufer mit seinem Ziel, sich so billig wie möglich einzudecken, keineswegs in Widerspruch. Die Behauptung, die Partei, die aus einem Geschäft größeren Gewinn ziehe, als sie bei Vertragsschluß gedacht habe, werde sich selbst untreu, ist somit unhaltbar.¹⁰⁹ Dasselbe gilt für die Sekundärzweckstörungen.¹¹⁰ Die Verwendungsmöglichkeiten einer Leistung haben für den Schuldner auch dann nur die Funktion, ihm Anhaltspunkte für die Knappheit seiner Leistung auf dem Markt zu liefern, wenn er daran die von ihm geforderte Vergütung bemessen hat.

¹⁰⁸ Zum Wesen des v. c. f. p. vgl. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 294 ff.; *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 37; *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 228; *Lehmann*, ZHR 79, 96 f.; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO., S. 147; jeweils mit w. Nachw. *Wieling*, AcP 176 (1976), 335 ff. interpretiert das v. c. f. p. rechtsgeschäftlich. Zur Tragfähigkeit des rechtsgeschäftlichen Ansatzes s. unten S. 34 ff.

¹⁰⁹ Vgl. auch RGZ 123, 93 f.; *Fikentscher*, GG, S. 10 f.

¹¹⁰ *Locher*, AcP 121, 67.

Der Gedanke des *venire contra factum proprium* ließe sich allenfalls dort fruchtbar machen, wo eine Partei durch ihr Verhalten in Hinblick auf bestimmte Planungsfaktoren einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat.¹¹¹ Dafür genügt es natürlich nicht, daß sie bestimmte Daten in die Planung eingeführt hat. Sonst müßte man beispielsweise ein *venire contra factum proprium* schon bejahen, falls der Verkäufer einer Ölheizung den Käufer vor einer unvorhersehbaren Erhöhung der Ölpreise mit dem Argument zum Vertragsschluß bewegt hatte, daß die Heizkostenersparnis die Kosten einer Umstellung von Kohle auf Öl bei weitem überwiege. Die Unvorhersehbarkeit der Störung entlastet den Verkäufer von jeglicher Mitverantwortung.

Ein *venire contra factum proprium* liegt aber auch in folgendem Fall einer durchaus vorhersehbaren Störung nicht vor. Ein Unternehmer stellte Gaststätteninventar her.¹¹² Zur Absatzförderung mietete er geschäftsmäßig Gaststättenräume an und verkaufte seine Rechte aus dem Mietvertrag samt dem von ihm hergestellten Inventar an seine Kunden. In dem zur Entscheidung stehenden Fall überließ er einem Käufer die Rechte aus einem Mietvertrag über erst noch zu errichtende Räume. Das Gebäude wurde jedoch nicht fertiggestellt, da der Bauherr in Zahlungsschwierigkeiten geriet. Der Käufer verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises, da er für das Inventar kein Bedürfnis mehr habe.

Hier darf man dem Verkäufer nicht einfach ein *venire contra factum proprium* mit der Begründung vorwerfen, der Verkäufer, der Räume beschaffe, wisse, daß die Möglichkeit, geeignete Räume zu nutzen, für den Entschluß, das Inventar zu erwerben, ausschlaggebend gewesen sei.¹¹³ Dieser Umstand ist beispielsweise auch dem Innenarchitekten bekannt, der den zukünftigen Gastwirt bei der Innenausstattung beraten soll, ohne daß hier jemand auf die Idee käme, den Gläubiger aus dem Vertrag zu entlassen, nur weil er für die Leistung des Innenarchitekten keine Verwendung mehr hat. Immerhin könnte man behaupten, der Verkäufer habe den Mietvertrag geschlossen und trage daher die Verantwortung für die Solvenz des Vermieters. Damit würde man sich jedoch zu der gesetzlichen Regel, daß der Erwerber das Risiko der Bonität einer Forderung zu tragen habe, in Widerspruch setzen. An diesem Grundsatz kann auch die Tatsache nichts ändern, daß der Verkäufer neben einem Mietvertrag über zukünftige Räume auch noch die zu ihrer Nutzung geeigneten Gegenstände gekauft hat.

Man wird daher nur dort, wo eine der Parteien Planungsfehler besser verhindern konnte, weil diese Faktoren in ihrem Organisationsbereich lagen oder sie zu ihnen einen eindeutig besseren Zugang¹¹⁴ besaß, davon sprechen können, sie habe die Verantwortung¹¹⁵ dafür getragen, daß ihr Vertragspartner seine Planung auf unzu-

¹¹¹ Zur Bedeutung der Zurechnung im Rahmen des v.c.f.p. *Canaris*, Vertrauenshaftung aaO., S. 288 ff.

¹¹² BGH, DB 68, 524.

¹¹³ Köhler, Unmöglichkeit aaO., S. 149.

¹¹⁴ Zu den Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten in Hinblick auf die Solvenz des Drittschuldners s. unten S. 171 f, 184 f.

¹¹⁵ Zur Erheblichkeit der „Verantwortung“ *Canaris*, Vertrauenshaftung aaO., S. 301 f.

länglichen Daten aufgebaut hat. Zieht man die Grenzen für die Anwendung des Prinzips des *venire contra factum proprium* dementsprechend eng, so erweist es sich für die Verteilung des Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisikos in all den Fällen als unfruchtbar, in denen die Störung auf einem unvorhersehbar „von außen“ einwirkenden Ereignis beruht. Gerade diese Merkmale charakterisieren aber die Fallgruppen, in denen eine Korrektur des ursprünglichen Risikoverteilungskonzepts besonders vordringlich ist.

4. Maßstäbe für das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung

Die Risikoverteilung ist Ausdruck der immanenten Vertragsgerechtigkeit, die sich in einem ständigen Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung verwirklicht. Es liegt deshalb nahe, Maßstäbe zu entwickeln, anhand derer sich beurteilen läßt, ob sich die Gewichte im Austauschverhältnis einseitig zugunsten einer der Parteien verschoben haben. Soweit danach die am Unmöglichkeitsgedanken orientierte Konzeption der Risikozuordnung das annähernde Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung nicht zu gewährleisten vermag, ist sie einer Korrektur zu unterwerfen. Man hat hierzu verschiedene Wege eingeschlagen. So versuchte man die maßgeblichen Kriterien dem „Sinn des Versprechens“ bzw. einer Auslegung der konkreten Verträge zu entnehmen. Andere stützen sich auf das Kriterium der „redlichen Denkweise“. Daneben wird eine Lösung mit Hilfe einer Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und „schweren objektiven“ Äquivalenzstörungen angestrebt. Vor allem die Rechtsprechung ist in eine umfassende Güter- und Interessenabwägung ausgewichen, anhand derer zu entscheiden ist, in welchem Umfang die Parteien Risiken auf sich zu nehmen haben.

a) Der „Sinn des Versprechens“ als Risikoverteilungselement

Verschiedentlich wird vorgeschlagen, die Grenzen des Aufwandserhöhungsrisikos bzw. des Risikos von Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Gattungsschulden dem „vernünftigen“ Sinn des Versprechens zu entnehmen. Diese These wurde erstmals von Ballerstedt¹¹⁶ in die Diskussion um eine sachgerechte Begrenzung des § 279 BGB eingebracht.¹¹⁷ Seiner Ansicht zufolge könne sich die Haftung des Schuldners aus vertraglichen Gattungsschulden nicht nach der abstrakten Regel des § 279 BGB, sondern nur nach dem Inhalt des Vertrages richten. Man habe sich stets zu fragen, wofür der Schuldner einzustehen versprochen und welche der Verwirklichung des Leistungserfolges drohenden Gefahren er auf sich genommen habe.¹¹⁸ Diese Frage sei natürlich nicht nach dem psychologischen Willen des Schuldners,

¹¹⁶ Ballerstedt, Festschrift Nipperdey (1955), S. 272.

¹¹⁷ Ähnlich Larenz, *SchR I*, 10. Aufl. S. 233 (in der 11. Aufl. S. 260 spricht Larenz von „zumutbaren Mitteln“); Esser, *SchR I*, 4. Aufl., S. 114, 211f; Esser-Schmidt, *SchR I* 1, S. 129, 241f, 251.

¹¹⁸ Ballerstedt, Festschrift Nipperdey (1955), S. 270; ähnlich Esser, *SchR I*, 4. Aufl., S. 114.

sondern allein nach dem „rechtlich-begrifflichen“ Inhalt des Vertrages zu beantworten. Die in ihrer Fassung und systematischen Stellung verunglückte Vorschrift des § 279 BGB müsse als Ausdruck des rechtlichen, d.h. des „vernünftigen“ Willens¹¹⁹ des Schuldners begriffen werden.¹²⁰ Hieraus folge, daß die dem Schuldner in § 279 BGB auferlegte Haftung auf der im Vertrag übernommenen Beschaffungspflicht beruhe¹²¹ und aus ihr heraus zu begrenzen sei. Es entsteht somit das Problem, wie angesichts eines konkreten Vertrages der Inhalt des vernünftigen Sinnes der schuldnerischen Erklärung zu ermitteln ist.

Ballerstedt will die zu seiner Lösung erforderlichen Wertungen einer idealtypischen Betrachtung der verschiedenen Formen der Gattungskäufe entnehmen. Der Idealtypus des „marktbezogenen Gattungskaufes“ sei beispielsweise dadurch gekennzeichnet, daß die Beschaffung der Ware aus einem überörtlichen Markt nach dem Inhalt des Vertrages oder nach den von den Vertragspartnern einvernehmlich vorausgesetzten Umständen eine wesentliche wirtschaftliche Leistung des Verkäufers darstelle. Ferner seien die Vertragsparteien mit der Vereinbarung einer längeren, nicht nur nach wenigen Tagen bemessenen Lieferfrist bereit, ein Risiko in Hinblick auf die mögliche Veränderung der Preis- und sonstigen Marktverhältnisse auf sich zu nehmen.

Die idealtypische Klassifizierung der Gattungskäufe führt jedoch nicht weiter, weil sie keine Kriterien zur Lösung des für marktbezogene Gattungsschulden zentralen Problems liefert, *in welchem Umfang* der Schuldner die Gefahr exorbitanter Preissteigerungen auf den Beschaffungsmärkten zu tragen hat. Diese Lücke kann auch nicht durch einen Rekurs auf den „vernünftigen“ Sinn des Versprechens geschlossen werden, der beliebiger Deutung offensteht. So bleibt denn auch Ballerstedt die Erklärung schuldig, warum § 279 BGB zu weit gefaßt sei, wenn er dem Schuldner auch Leistungshindernisse zurechne, die in seiner Person liegen und nicht durch einen Mangel an Geld oder durch die Unzulänglichkeit seiner Hilfsmittel bedingt seien, – kann man doch auch mit guten Gründen behaupten, es folge aus dem „vernünftigen“ Sinn des Versprechens, daß der Versprechensempfänger gerade bei einem typischen Handelsgeschäft, wie dem marktbezogenen Gattungskauf, vor den Folgen einer individuellen Leistungsschwäche in der Person des Schuldners

¹¹⁹ Vgl. hierzu den ähnlichen Denkansatz des RG in RGZ 94, 69; 99, 116; 99, 259; JW 21, 833.

¹²⁰ Ballerstedt, Festschrift Nipperdey (1955), S. 271; dem folgt U. Huber, Festschrift Ballerstedt, S. 327, 333f.

¹²¹ Eine Begründung für die These, warum zwischen Beschaffung einerseits und den mit der bloßen Übereignung verbundenen Tätigkeiten sowie der Leistung von Diensten andererseits ein Unterschied bestehen soll, fehlt. Unbefriedigend Lemppenau, Gattungsschuld aaO., S. 98, der den Gegenpol zur Gattungsschuld unzulässigerweise ausschließlich im Specieskauf sieht. Ebenso unbefriedigend ist die These Larenz' (SchR I, 10. Aufl., S. 232, ähnlich 11. Aufl., S. 259), der Gattungsschuldner gebe zu erkennen, er sei imstande, die Waren termingerecht zu beschaffen; denn das gilt gleichermaßen für den Schuldner, der die Übereignung einer bestimmten Sache, die Erstellung eines bestimmten Werkes oder die Leistung von Diensten verspricht.

geschützt sein müsse.^{121a} Daß es sich um eine bloße Verschiebung des Problems handelt, wird auch bei der Behandlung des Risikos staatlicher Eingriffe in die Beschaffungsquellen offenbar. Die These, in einem solchen Fall komme es in erster Linie nicht auf die Unterscheidung von Unmöglichkeit und Unvermögen, sondern darauf an, inwieweit die bei Vertragsschluß gegebene Deckungszusage eine Beschaffungsgarantie einschließe,¹²² läßt nur die Frage auftauchen, wie man die Existenz einer Garantie zu ermitteln habe. Da Ballerstedt die Frage nicht nach dem psychologisch realen Willen des Schuldners, sondern aufgrund des „vernünftigen“ Sinnes des Versprechens klären will, hängt die Antwort auf die Frage von den Kriterien ab, mit denen die Leerformel¹²³ vom „vernünftigen“ Sinn aufgefüllt wird.¹²⁴ Dabei könnten die von Esser¹²⁵ verwendeten Elemente des Vertragszweckes und der Preisgestaltung, die auf das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung verweisen, eine gewisse Rolle spielen; es fehlt nur – abgesehen von der geringen Aussagekraft dieser Elemente – die Begründung dafür, warum gerade sie Rückschlüsse auf den „vernünftigen“ Sinn des Versprechens und damit die sachgerechteste Form der Risikoverteilung erlauben.¹²⁶

b) Auslegung des Vertrages

Den tragenden Prinzipien der materiellen Vertragsgerechtigkeit kommt man auch dadurch nicht näher, daß man das Problem einer sachgerechten, dispositiven Risikoverteilung zu einem Problem der Vertragsauslegung¹²⁷ macht, um auf diese Art die für das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung¹²⁸ wichtigen Planungsfaktoren herauszufiltern.

^{121a} Anderer Ansicht *Teichmann*, Leistungsstörungen und Gewährleistung, S. 27, der Krankheit als untypische Störung bezeichnet und ohne nähere Begründung § 279 BGB auf typische Beschaffungsrisiken beschränkt. Ob Krankheit als untypisch zu qualifizieren ist, erscheint als recht zweifelhaft.

¹²² *Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 275.

¹²³ Vgl. *Lemppenau*, Gattungsschuld aaO., S. 97; ferner *Flume*, AT, S. 500; sowie zu einem ähnlichen Ansatz *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 252.

¹²⁴ So bleibt auch bei *Larenz*, SchR I, 10. Aufl., S. 232 (ähnlich 11. Aufl., S. 259) unklar, warum der „objektive Sinn“ der Erklärung vom Grundsatz geprägt wird, daß jedermann schlechthin für seine Zahlungsfähigkeit einzustehen habe. Diese Unklarheit erlaubt *Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 272 ff., die These, aus dem „vernünftigen Sinn“ der Erklärung ergebe sich, daß der Verkäufer unter Umständen entgegen den §§ 275, 279 BGB auch bei objektiver Unmöglichkeit, die er nicht verschuldet hat, Schadensersatz zu leisten habe.

¹²⁵ *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 114, 211.

¹²⁶ Unklar bleibt bei *Esser-Schmidt*, SchR I 1, 5. Aufl., S. 129, ferner, warum ein Einzelhändler nur für ein von ihm überschaubares Risiko einzustehen hat. Kritisch auch *Teichmann*, Leistungsstörungen und Gewährleistung, S. 23.

¹²⁷ Zu den Vertretern dieses Ansatzes zählen: *Rothoef*, AcP 170, 237; *Beuthien*, Zweckerreichung aaO., S. 183 ff; *Flume*, AT, S. 512 ff; *Brox*, JZ 66, 767; vgl. auch *Locher*, AcP 121, 70 f.

¹²⁸ *Rothoef*, AcP 170 (1970), 237; ders., System aaO., S. 15 ff, 31, 70 f, 115, 117, 199, 227 ff, 242.

Die Fragwürdigkeit dieses Lösungsansatzes zeigt sich bei der Verteilung der Preisgefahr bei Primär- und Sekundärzweckstörungen. Der Lehre Flumes¹²⁹ zufolge, die Beuthien¹³⁰ weiter ausgebaut hat, sollen Verwendungszwecke auch dann zum Vertragsinhalt,¹³¹ ja selbst zum Leistungsinhalt¹³² werden, wenn der Schuldner auf ihre Realisierung keinerlei Einfluß besitzt.¹³³ Das alte „Krönungszug-Beispiel“¹³⁴ mag das verdeutlichen: Der Schuldner vermietet zu beträchtlichen Preisen Zimmer, von denen aus der Krönungszug bequem zu beobachten ist. Der Zug fällt wegen Erkrankung des Monarchen aus. In einem solchen Fall soll die Möglichkeit, die angemieteten Räume zur Besichtigung des Schaugepränges zu verwenden, Teil der dem Vermieter obliegenden Leistung sein, für welche der Mieter den Mietzins zu zahlen versprochen habe. Die Parteien hätten nämlich vereinbart, daß die Zimmer zur Besichtigung des Krönungszuges zu überlassen seien. Die normale Leistung des Vermieters, die Überlassung von Mieträumen, sei mithin um die konkrete Zweckvereinbarung erweitert. Daraus ergebe sich, daß der Leistungserfolg im Sinne des § 323 I BGB nunmehr beim Gläubiger nur noch zwecktauglich eintreten könne. Der Schuldner dürfe deshalb seinen Vertragspartner auch nicht darauf verweisen, daß er den Leistungserfolg noch im engeren, zweckneutralen Sinn herbeizuführen in der Lage sei.¹³⁵ Da weder der Mieter noch der Vermieter das Unmöglichwerden der Leistung zu vertreten hätten, werde der Mieter von seiner Pflicht, das vereinbarte Entgelt zu zahlen, frei (§ 323 I BGB).

Die Qualifizierung des Verwendungszwecks als Bestandteil der versprochenen Leistung signalisiert somit nicht nur das Gewicht dieses Planungsfaktors für die objektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, sondern gestattet auch auf der Grundlage der überkommenen Risikoverteilungsnorm des § 323 I BGB, den Gläubiger von der Preisgefahr zu entlasten.

Diesen Lösungsvorschlag wird man nicht schon mit dem Argument aus den Angeln heben können, Leistung im Sinne der §§ 275, 323 I BGB könne nur etwas sein, was der Schuldner typischerweise selbst zu bewirken imstande sei.¹³⁶ Zwar läßt sich die Ausdehnung des herkömmlichen Leistungsbegriffs nicht einfach mit einer Parallele zum absoluten Fixgeschäft absichern.¹³⁷ Diese Parallele erscheint lediglich auf den ersten Blick als einleuchtend: Die Fenstermiete zur Beobachtung des Krönungszuges kann nicht mehr zu einem späteren als dem vereinbarten Zeitpunkt erfüllt werden, in einem Moment also, in dem der Zug schon vorbeigezogen ist. Die versäumte Leistung ist unmöglich geworden, weil der Zweck der Zimmermiete

¹²⁹ Flume, AT, S. 512 ff.

¹³⁰ Beuthien, Zweckerreichung aaO., S. 159 ff.; ähnlich U. Huber, JuS 72, 57 ff.

¹³¹ Locher, AcP 121, 20, 66.

¹³² In ähnlicher Formulierung RGZ 94, 267.

¹³³ Ebenso Goltz, Motivirtum aaO., S. 233 ff, 247 ff.

¹³⁴ Krell v. Henry, 1903 LR 2 KB 740.

¹³⁵ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 160 ff.

¹³⁶ Köhler, Unmöglichkeit aaO., S. 97 f.

¹³⁷ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 162 ff.

nicht mehr realisiert werden kann. Der Schluß drängt sich auf, daß die Rechtslage gleich bleibt, falls der Festzug ganz ausfällt. Resultiert die Unmöglichkeit der Zweckerreichung auch aus jeweils anderen Quellen, so ist doch das Störungsergebnis dasselbe. Beide Male ist die Leistung unmöglich.

Die Identität beider Fallkonstellationen der Zweckstörung läßt sich indessen nur bejahen, wenn man das Gewicht einseitig auf das Störungsergebnis legt und die Unterschiede in den Störungsursachen vernachlässigt. Damit werden jedoch wichtige Zurechnungselemente ignoriert. Beim absoluten Fixgeschäft beruht die Unmöglichkeit darauf, daß der Schuldner das, was man von ihm fordert, nicht rechtzeitig erbringt. Die Störung wirkt sich mithin in dem Bereich der Planung aus, deren Realisierung an den Schuldner arbeitsteilig ausgegliedert wurde und den der Schuldner typischerweise allein zu beherrschen vermag. Fällt hingegen der Zug selbst aus, so kann der Schuldner noch immer real das bewirken, was nach dem Bedürfnisbefriedigungsprogramm vom Schuldner arbeitsteilig erledigt werden sollte; nämlich das Zimmer zur vorgesehenen Zeit bereitzustellen. Daß der Krönungszug vor dem Haus vorbeizieht, gehört zu den Planungsfaktoren, die zwar für die Bedürfnisbefriedigung relevant sind, von denen der Gläubiger jedoch nicht erwartet, daß der Schuldner zu ihrer Verwirklichung beitragen kann und wird.¹³⁸ Wenn demgegenüber Flume¹³⁹ und Beuthien¹⁴⁰ den Einwand ins Treffen führen, auch der Verkäufer einer Sache habe sie nicht selbst herzustellen, sondern nur zu übereignen, so übersehen sie, daß der Schuldner zur Realisierung des Planungsfaktors „Erlangung und Übertragung der vollen Verfügungsmacht“ immer aktiv¹⁴¹ werden muß.

Immerhin muß Flume und Beuthien zugestanden werden, daß die Methode, den Leistungsbegriff in Abweichung von der ursprünglichen Konzeption der Risikoverteilung weit¹⁴² zu interpretieren, einen sinnvollen Weg zu einer sachgerechten Zuordnung von Primärzweck- und Sekundärzweckstörungsrisiken¹⁴³ eröffnen kann, da sie – zumindest äußerlich – den Vorzug größerer Gesetzesnähe besitzt.

Entscheidend gegen eine Risikoverteilung auf der Grundlage angeblicher Zweckvereinbarungen spricht jedoch der Umstand, daß dieser Lösungsansatz im Falle von Sekundärzweckstörungen keine einleuchtenden Kriterien für das Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu liefern vermag.

Die für die objektive Äquivalenz im Austauschverhältnis und mithin für die Risikozuordnung maßgeblichen Kriterien stammen nämlich *nicht* aus den von den Parteien *autonom vereinbarten Wertungen*. Es werden vielmehr über die Einbruchsstelle von Treu und Glauben sowie der Verkehrssitte (§ 157 BGB) heteronome¹⁴⁴

¹³⁸ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 94 f.; Larenz, SchR I, S. 267.

¹³⁹ Flume, AT, S. 499.

¹⁴⁰ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 164; ebenso Goltz, Motivirrtum aaO, S. 234 f.

¹⁴¹ Zum Einwand von Goltz, Motivirrtum aaO, S. 235 vgl. die ratio der §§ 459, 538 BGB unten S. 115 ff., 118 f., 142 ff.

¹⁴² Vgl. Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 222 f.

¹⁴³ Zu den Begriffen vgl. S. 1 f.

¹⁴⁴ Larenz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (AT), S. 457; Flume, AT, S. 322.

Wertungen eingeführt,¹⁴⁵ die eine als angemessen empfundene Risikoverteilung ermöglichen sollen.¹⁴⁶

Beuthien verschleiern dies, wenn er zunächst betont, eine privatautonome Zweckvereinbarung liege vor, falls *beide* Teile „das Bewußtsein und den Willen haben, daß die Verfehlung oder der Wegfall des in Aussicht genommenen Zweckes sich rechtlich auf den abgeschlossenen Vertrag auswirken soll“,¹⁴⁷ – mit anderen Worten: falls „der Schuldner die Zweckbindung anerkennt“. ¹⁴⁷ Ausdrückliche Vereinbarungen dieser Art sind jedoch nur dort zu erwarten, wo der Gläubiger an der Erreichbarkeit des von ihm verfolgten Zweckes starke Zweifel hegt und daher den Schuldner zu einer Regelung der Relevanz einer Zweckstörung drängt.¹⁴⁸ Dem kann man nicht entgegenhalten, bei gravierenden Zweifeln würden die Parteien nicht nur die Relevanz des Zweckes, sondern auch die Konsequenzen einer Zweckstörung in Form einer Bedingung regeln, während sie sich mit einer Zweckvereinbarung zufrieden gäben, falls sie auf die Realisierung des Planungsfaktors vertrauten.¹⁴⁹ Denn für die Parteien, die auf die Erreichung des Sekundärzweckes fest vertrauen, besteht keinerlei Anlaß, etwas in Geltung zu setzen, was ohnehin eintritt, zumal sich der Gläubiger nicht erst durch ein zusätzliches Versprechen der vertragsgemäßen Mitwirkung des Schuldners vergewissern muß.

So muß schließlich auch Beuthien¹⁵⁰ selbst zugestehen, daß die Parteien nur selten ins einzelne gehende Vorstellungen über die Zweckbindung haben werden und sie deshalb auch nicht ausdrücklich äußern würden. Häufiger¹⁵¹ werde sich ihr Zweckbindungswille erst aus den Begleitumständen und vom Vertragstyp her ermitteln lassen. Viele Verträge seien beispielsweise schon vom Lebenssachverhalt her sachtypisch zweckgebunden. Lasse sich der Schuldner auf ein derartiges Geschäft ein, so richte sich sein Wille auch auf das, was dem Sachtypus entspreche. Nur in Ausnahmefällen werde man demnach die Risikoordnung unmittelbar auf die Zweckbindungserklärung zurückführen müssen. Mit dieser Wendung zur sachtypischen Zweckvereinbarung verlagert sich das Gewicht der Problemlösung auf die normativen Kriterien, anhand derer die Frage, wann eine Vereinbarung sachtypisch zweckbezogen ist, zu beantworten ist.

Beuthien¹⁵² liefert als maßgebliche Kriterien nur häufig wiederkehrende Wertungsgesichtspunkte, anhand derer sich die Relevanz des individuellen Zweckes feststellen lassen soll. So könne man seiner Ansicht zufolge eine Zweckvereinbarung bejahen, wenn die Zweckuntauglichkeit die geschuldete Leistung zu einer wirtschaftlich *ganz anders gearteten* Leistung werden lasse, weil die Leistung dem Gläu-

¹⁴⁵ So schon *Locher*, AcP 121, 61.

¹⁴⁶ Zutreffend *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 97.

¹⁴⁷ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 183.

¹⁴⁸ *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 90f.

¹⁴⁹ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 182.

¹⁵⁰ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 184ff.

¹⁵¹ Diese Fälle klammert wohl *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 226 aus.

¹⁵² *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 185ff.

biger nach der Art des Rechtsgeschäftes nicht zu mehreren Zwecken, sondern lediglich zu einem Zweck dienen könne. Als Beispiel wird der Fall genannt, daß der Abschleppunternehmer bei einem inzwischen wieder fahrtüchtig gewordenen Kraftfahrzeug eintrifft. Auch dort, wo die Leistung zur Erreichung mehrerer Ziele eingesetzt werden könne, liege eine zweckgebundene Leistungspflicht vor, falls der *Verkehrswert* der Leistung gerade auf der vom Gläubiger erstrebten Zweckeignung beruhe und der Schuldner den Leistungsgegenstand nur wegen dieser bestimmten Zweckeignung zu Geld machen könne. Dafür spreche insbesondere der Umstand, daß sich die Höhe des Entgelts nur mit Rücksicht auf die Zweckeignung des zu leistenden Gutes und der damit vom Gläubiger zu erzielenden Einnahmen rechtfertige. Ferner sei ein gemeinsames Interesse bedeutsam, wie es bei partiarischen Verträgen, aber auch in anderen Fällen zu beobachten sei, in denen sich der Schuldner zur zweckgebundenen Verwendung des Leistungsobjektes verpflichtet habe.

Diese Wertungselemente vermögen das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung¹⁵³ nicht überzeugend widerzuspiegeln. Das beginnt schon bei dem Kriterium des Einflusses einer spezifischen Verwendbarkeit der Leistung auf die Preisgestaltung,¹⁵⁴ das auch im Rahmen der Geschäftsgrundlagen – Figur verwandt wird. In einer Marktwirtschaft, in der die Preise die Relation zwischen der Intensität der Bedürfnisse und der Knappheit der zu ihrer Befriedigung eingesetzten Güter wiedergeben sollen, ist es nämlich selbstverständlich, daß das Entgelt immer in Hinblick auf die Verwendungsmöglichkeiten der Nachfrager bemessen wird.

Wollte man daraus die Konsequenz ziehen, daß eine Preisvereinbarung nur dort mit der objektiven Äquivalenz im Einklang stehe, wo die *reale* Bedürfnisbefriedigung¹⁵⁵ gesichert sei, so würde man die Funktion des Preises als Steuerungsmittel für den Einsatz wirtschaftlicher Ressourcen für Zwecke ausschalten, deren Erreichbarkeit *notwendig ungewiß ist*.¹⁵⁶ Deshalb ist es auch grundsätzlich^{156a} irrelevant, ob eine Leistung dem Gläubiger nach Art des Rechtsgeschäftes zu mehreren Zwecken oder nur zu einem einzigen Zweck dienen kann. Es mag wohl den Anschein haben, daß das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gestört ist, falls der Schuld-

¹⁵³ Vgl. Rothoef, AcP 170 (1970), 237; ders. System, aaO, S. 15 ff; 31, 70 f, 115; 117, 199; 227 ff, 242; ferner wohl auch Locher, AcP 121, 69 f.

¹⁵⁴ Daran knüpft auch Larenz, GG, S. 105 an; ähnlich Rothoef, System aaO, S. 228 ff.

¹⁵⁵ Die einseitige Betonung des Gedankens der realen Bedürfnisbefriedigung liegt der Arbeit Beuthiens (Zweckerreichung aaO, S. 118 ff) auch insoweit zugrunde, als sie auf der These beruht, für die Zuordnung des Risikos nutzlosen Aufwandes und sinnloser Kapazitätsbindung käme es darauf an, ob der Gläubiger „Glück“ gehabt habe und sein Bedarf – wenn auch ohne Mitwirkung des Schuldners – gedeckt worden sei (ebenso Esser-Schmidt, SchR I 1, 5. Aufl., S. 263 f). An die Stelle des Austausches von Leistungen tritt hier die gerechte Partizipation des Anbieters an den Möglichkeiten der Bedürfnisbefriedigung. Ablehnend auch Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 76.

¹⁵⁶ Das übersieht Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 186, wenn er formuliert: „Der Arzt vermag seine ärztliche Kunst in Operationsfällen nur *wirtschaftlich* (Hervorhebung durch Verf.) zu nutzen, weil und soweit seine Tätigkeit Heilzwecken dient“; denn gleiches müßte für jede Form der ärztlichen Behandlung gelten.

^{156a} Siehe unten 4. Kap. S. 328 f.

ner einen Wert in Form des Entgelts erhält, während der Gläubiger eine Leistung empfängt, die für ihn gänzlich nutzlos ist, zumal wenn er sie auch nicht weiter zu verwerten imstande ist. Das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung darf aber nicht einfach einer Bilanz des Nutzens entnommen werden, den der Austausch später beiden Parteien bringt; denn man muß auch berücksichtigen, daß der Schuldner seine Leistungskapazität vertraglich gebunden und eine Vielzahl von Aufwendungen gemacht hat.

Die von Beuthien vorgeschlagenen Risikoverteilungsmaßstäbe sind auch deshalb so fragwürdig, weil er es unterläßt, sich grundsätzlich mit dem Problem des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung auseinanderzusetzen und Prinzipien für eine Konkretisierung des objektiven Äquivalenzgedankens zu entwickeln.¹⁵⁷ Hätte er sich nicht vorschnell hinter dem Deckmantel¹⁵⁸ der Vertragsauslegung¹⁵⁹ auf topisch strukturierte Wertungen zurückgezogen, so hätte er gesehen, daß diese Kriterien allenfalls als Indizien für eine objektive Äquivalenzstörung verwertbar sind. Der von Beuthien gewiesene Weg führt mithin zwangsläufig zu einer umfassenden Interessenabwägung. Damit verbaut man sich aber die Möglichkeit, das am Unmöglichkeitsgedanken orientierte Risikoverteilungssystem zu korrigieren, ohne allzuviel von dessen Praktikabilität und Rechtssicherheit aufzugeben.

c) Die Formel von der „redlichen Denkweise“

Noch weniger Konturen zeichnet die Formel¹⁶⁰ von der „redlichen Denkweise“ aus, derzufolge zwar jede Partei aus dem Vertrag ihren Gewinn zu ziehen beabsichtige, aber dies doch in fairer Weise, ohne den anderen übervorteilen zu wollen. Die Formulierung,¹⁶¹ daß diejenigen Rechtsfolgen richtig seien, die „redlich denkende Parteien“ verständigerweise vereinbart hätten, ist, wie Flume treffend bemerkt, nichts anderes als eine Umschreibung dafür, daß eine gerechte Lösung gefunden werden müsse.¹⁶² Für die Klärung konkreter Risikoziordnungsprobleme liefert sie keine Kriterien, die jenseits allgemeiner Billigkeitserwägungen liegen.

d) Die schwere Äquivalenzstörung

Der Mangel an präzisen, die materielle Vertragsgerechtigkeit widerspiegelnden Prinzipien macht sich auch dort bemerkbar, wo der Begriff der schweren objektiven

¹⁵⁷ Dieser Einwand findet sich schon bei *Locher*, AcP 121, 23.

¹⁵⁸ Vgl. *P. Ulmer*, AcP 174, 191; das übersehen *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 253; Goltz, *Motivirrtum aaO*, S. 232 ff.

¹⁵⁹ Damit soll nicht gesagt sein, daß man die zur Lückenfüllung entwickelten Kriterien nicht im Rahmen einer ergänzenden Vertragsauslegung zum Tragen bringen könnte. Dafür sprechen nicht zuletzt die beiläufigen Ausführungen der I. und II. Kommission (Mot. II, S. 199; Prot. II, S. 690 f.).

¹⁶⁰ *Larenz*, GG, S. 20 ff; 163; ähnlich *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 179.

¹⁶¹ Hierher gehört letztlich auch der „gemeinsame Vertragszweck“ (hierzu oben S. 25 ff), wenn man ihn als intersubjektiven Zweck begreift. Vgl. *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 123 ff; *Wieacker*, Festschrift Nipperdey (1965) Bd. I, S. 808; *Fikentscher*, GG, S. 10.

¹⁶² *Flume*, AT, S. 500; *Fikentscher*, GG, S. 13.

Äquivalenzstörung zu einer Neuordnung der Risikoverteilung eingesetzt wird. Dieses Wertungsdefizit wird dadurch, daß man sich nur noch um die *äußersten Schranken* der Vertragsgerechtigkeit bemüht und Äquivalenzstörungen innerhalb eines gewissen Spielraumes hinnimmt, lediglich geringfügig gemildert.

Larenz,¹⁶³ der die Theorie von der schweren Äquivalenzstörung¹⁶⁴ entwickelt hat, entnimmt der Rechtsprechung des RG¹⁶⁵ zu den Inflationsfolgen und sonstigen Leistungerschwerungen, die im Gefolge des ersten Weltkrieges auftraten, den Grundsatz, der Vertrag sei in seinem Bestand erschüttert, wenn sich aufgrund einer wesentlichen Veränderung der Umstände die Wertverhältnisse gravierend verschoben hätten.

In einem Vertrag verpflichtete sich jede Partei gerade deshalb zu einer Leistung, um dafür die vereinbarte Gegenleistung zu erhalten. Dieses Entgelt sei in den Augen jedes Austauschpartners der vollgültige Gegenwert seiner eigenen Leistung. Das Entgelt müsse nicht in einem objektiven Sinn äquivalent sein. Erforderlich sei lediglich, daß jede Partei nach Treu und Glauben¹⁶⁶ eine Gegenleistung, ein Äquivalent zu empfangen und ihrerseits zu geben gewillt sei. Der übereinstimmende Vertragswille beider Vertragspartner müsse mithin auf Leistung und Gegenleistung gerichtet sein, die jeweils in den Augen des anderen als äquivalent erscheint. Der Gegenwert möge in objektiver Betrachtung erheblich hinter dem Wert der Leistung zurückbleiben, – er müsse aber vom Leistenden selbst noch als solcher betrachtet werden können. Gehöre diese Form der Äquivalenz zum Wesen des gegenseitigen Vertrages und des Synallagmas,¹⁶⁷ mache sie also seine spezifische Eigenart und seine rechtliche Natur aus, so verliere der Vertrag seinen ursprünglichen Sinn, wenn der eine Teil die Leistung des anderen auch nicht mehr annähernd als Gegenwert betrachten¹⁶⁸ könne.¹⁶⁹ Als Äquivalent könne beispielsweise im „Spiritus“-Fall¹⁷⁰ der Kaufpreis nicht angesehen werden, weil er nicht einmal die Steuer zu decken imstande

¹⁶³ Larenz, GG, S. 78 ff.

¹⁶⁴ Ähnlich schon *Nipperdey*, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, S. 21 ff. Larenz faßt hierunter vorwiegend Fälle der Leistungerschwerung. Fälle, in denen der Gläubiger eine Leistung erhält, die allgemein nicht mehr genutzt werden kann, werden hingegen allein aus der Perspektive des gemeinsamen Vertragszweckes behandelt, obwohl hier wie dort eine Äquivalenzstörung vorliegt; denn der Gläubiger erhält eine Leistung, deren Preis auf dem Markt ungeheuer gefallen ist oder die gar nichts mehr wert ist.

¹⁶⁵ RG, RGZ 100, 131; 103, 179; 106, 7; 107, 127; 107, 160; 107, 217; 112, 329; 141, 212; JW 21, 833.

¹⁶⁶ Larenz, GG, S. 82 in Anschluß an RGZ 103, 179.

¹⁶⁷ Ebenso RGZ 103, 178; *Krückmann*, AcP 116, 357; *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 249.

¹⁶⁸ Larenz, GG, S. 82.

¹⁶⁹ Larenz, GG, S. 79; ähnlich BGH, JZ 76, 317.

¹⁷⁰ RGZ 22, 81. Die Parteien hatten im April 1887 einen Kaufvertrag über Rübenspiritus geschlossen, der ab August geliefert werden sollte. Am 1. 10. 1887 trat – unvorhersehbar – eine sehr hohe Branntweinsteuer in Kraft. Der Verkäufer bot deshalb die Oktoberlieferung in steueramtlich noch versiegelten Fässern an, so daß die Käuferin die darauf gelegte Steuer hätte bezahlen müssen. Die Käuferin sah dieses Angebot un versteuerten Rübenspiritus als vertragswidrig an und deckte sich anderweitig ein.

sei, die nach Vertragsschluß auf die Ware gelegt worden ist. Wieacker¹⁷¹ präzisiert den Begriff der schweren Äquivalenzstörung, indem er vorschlägt, in Anlehnung an die Tradition der *laesio enormis* ein grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung immer schon dann zu bejahen, wenn die Wertverschiebung die Marge von 50 Prozent überschreitet.

Die Relevanz derartiger schwerer Äquivalenzstörungen wird durch einige Ausnahmen eingeschränkt, deren wichtigste die Vorhersehbarkeit der Störung ist. Zumal bei langfristigen Verträgen sei zu berücksichtigen, daß jede Partei ein gewisses Wagnis eingehe. Dieses normale Vertragsrisiko dürfe niemandem abgenommen werden.¹⁷²

Obwohl Larenz ausdrücklich betont, daß er für eine Beurteilung des Wertes von Leistung und Gegenleistung keinen interpersonell gültigen Maßstab anlegen wolle, knüpft er in Wirklichkeit an den objektiven Äquivalenzgedanken an. Das kommt in den Worten, „daß der eine Teil die Leistung des anderen nicht annähernd mehr als Äquivalent seiner eigenen Leistung ansehen kann“, ¹⁷³ klar zum Ausdruck¹⁷⁴. Danach ist es völlig unerheblich, ob ein Vertragspartner die Gegenleistung noch als ausreichend ansieht, – was er übrigens schon immer dann nicht mehr tun wird, wenn sich bloß seine Bedürfnisse gewandelt haben oder er glaubt, seinen Bedarf anderweit besser decken zu können. Vielmehr soll das Urteil über die Äquivalenzstörung davon abhängen, ob die benachteiligte Partei die Leistung ihres Partners noch als annähernd äquivalent ansehen „kann“. Dem für die Brauchbarkeit der Rechtsfigur „schwere Äquivalenzstörung“ zentralen Begriff „kann“ schenkt Larenz wenig Beachtung. Er verzichtet darauf, für seine Interpretation Maßstäbe zu entwickeln. So leitet er in dem „Spiritus“-Fall die Äquivalenzstörung unter Verzicht auf jegliches normative Zwischenglied,¹⁷⁵ das die Brücke zum materiellen Äquivalenzgedanken geschlagen hätte, aus der Differenz zwischen den *Kosten*¹⁷⁶ der Leistung und dem Entgelt her. Warum und in welchem Ausmaß die Kosten in einer Marktwirtschaft, in der sich die Preise in erster Linie nach Angebot und Nachfrage richten, für die materielle Austauschgerechtigkeit von Bedeutung sein sollen, wird nicht näher erläutert.

Plausibler ist demgegenüber der Maßstab des *Marktpreises*, den Wieacker in Relation zum vereinbarten Entgelt setzen will.¹⁷⁷ Bei näherer Analyse erweist er sich jedoch ebenfalls als zu undifferenziert. Eine schwere Äquivalenzstörung müßte

¹⁷¹ Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 251; vgl. auch Krückmann, AcP 116, 358, der die Grenze dort zieht, wo die Gewinnspanne des Anbieters aufgezehrt ist.

¹⁷² Larenz, GG, S. 89.

¹⁷³ Larenz, GG, S. 79 in Anschluß an RGZ 103, 179.

¹⁷⁴ Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 48 hingegen definiert die Äquivalenzstörung uneingeschränkt objektiv.

¹⁷⁵ So auch Bydlinski, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, S. 152 ff.

¹⁷⁶ Ebenso Krückmann, AcP 116, 358 ff.; BGH, DB 58, 1325.

¹⁷⁷ Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 249 ff.

danach nämlich auch dort bejaht werden, wo lediglich die Knappheit eines Wirtschaftsgutes sprunghaft steigt, ohne daß die Anstrengungen zur Leistung größer werden würden. Man hätte dann beispielsweise einem auf eine bestimmte Fertigkeit spezialisierten Arbeitnehmer, der sich langfristig verpflichtet hat, eine Kündigungsmöglichkeit zu eröffnen, falls infolge einer unvorhersehbaren Nachfragesteigerung nach diesen Kenntnissen und Fähigkeiten die Gehälter um das Doppelte steigen.¹⁷⁸

Selbst wenn man diese Fallgruppe ausklammert, erweist sich die Marktpreisverschiebung als objektiver Äquivalenzmaßstab als recht fragwürdig. Die Entwicklung des Marktpreises für gleichartige Güter nach Vertragsschluß ist nämlich von einer Vielzahl von Umständen abhängig. Unter ihnen befinden sich immer auch eine Reihe von Faktoren, die der Betroffene mit Sicherheit selbst tragen müßte. Man denke nur an die vorhersehbaren Risikofaktoren. Trifft nun ein für die plötzliche Marktpreissteigerung verantwortlicher Faktor, der dem Betroffenen nicht zugerechnet werden kann, mit einem Faktor zusammen, dessen Folgen er nicht abwälzen darf, so erhebt sich die kaum lösbare Frage, wie der Einfluß der einzelnen Faktoren auf die Preiserhöhung zu quantifizieren ist.

Die Quantifizierung ist indessen unumgänglich; denn erst wenn man festgestellt hat, zu welchem Teil einer der Vertragspartner die Differenz zwischen dem vereinbarten Entgelt und dem Marktpreis tragen müßte, kann gesagt werden, ob der verbleibende Rest so „schwer“ wiegt, daß die Vereinbarung zu korrigieren ist.

Diese punktuelle Kritik ließe sich möglicherweise durch die Entwicklung eines *objektiven Äquivalenzmaßstabes* ausräumen. Dafür ist jedoch Voraussetzung, daß man überzeugende Kriterien für eine objektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung herausarbeitet, um an ihnen die Intensität der Äquivalenzstörung zu messen und durch eine sachgerechte Risikoverteilung auszugleichen. Das Problem eines allgemein gültigen Äquivalenzmaßstabes, der auch dem Bedürfnis nach Praktikabilität und Rechtssicherheit Rechnung trägt, erweist sich indessen bei näherer Betrachtung als unlösbar.

Äquivalenz im *empirischen Sinn* heißt objektive Gleichheit der Nutzen beider Vertragspartner. Ein zur Überprüfung der Äquivalenz erforderlicher interpersoneller Vergleich der individuellen Nutzen ist aber nur möglich, wenn eine einheitliche Rangordnung aller Nutzen gebildet werden könnte, an der abgelesen werden könnte, welchen Stellenwert die konkreten Nutzen der Vertragspartner aus dem geplanten Austausch einnehmen. Die Unterschiede in der Veranlagung und in der sozialen Umwelt verhindern aber die Entwicklung eines Maßstabes, der das objektive Gewicht eines Nutzens zu bestimmen erlaubt.¹⁷⁹ Die Messung des individuellen Nutzens kann also nicht ohne weiteres von der Person abgelöst werden, die einen bestimmten Nutzen verfolgt.

¹⁷⁸ Vgl. Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, S. 198.

¹⁷⁹ Streißler, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW) Bd. 8, S. 9f; v. Zwiedeneck – Südenhorst, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., S. 38f.

In beschränktem Umfang mag es denkbar sein, den „Wert“ in einer Typologie rationaler Entscheidungsprozesse zu erfassen. Nur kann diese Form der Wertbemessung nicht für einen unmittelbaren Wertvergleich fruchtbar gemacht werden, da sie nicht auf realen Zahlenwerten beruht, die für einen in der Rechtsordnung brauchbaren Wertvergleich unabdingbare Voraussetzung sind.¹⁸⁰

Aus empirischer Sicht läßt sich somit der Wert einer Leistung nur als Urteil begreifen, das das wirtschaftende Individuum in einem bestimmten sozio-ökonomischen Zusammenhang über deren konkreten Nutzen und zugleich über den Verzicht auf die Nutzung anderer Güter fällt, zu dem es die von Knappheit geprägte Wirtschaft zwingt.¹⁸¹

Intersubjektiv verbindliche Aussagen über den Wert eines Gutes und damit die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung vermag man demnach nur von Wertmaßstäben zu erwarten, die aus *normativen* Elementen gebildet sind. Die Erarbeitung derartiger Kriterien ist stets das Ziel religiöser, philosophischer, wirtschaftstheoretischer und -politischer Überlegungen gewesen.¹⁸² Sie kreisen mit unterschiedlicher Intensität um die Faktoren Bedürfnis,¹⁸³ Kosten und Arbeit.¹⁸⁴ Der Wert der Arbeit wird seinerseits wiederum an der Stellung des Arbeitenden in der Gesellschaft¹⁸⁵ gemessen. Ferner wird auf den gemeinen Wert¹⁸⁶ abgehoben, der sich insbesondere in einer statischen Wirtschaft mit geringen Innovationen auch in Zeiten von Schwankungen anbietet.¹⁸⁷ Wie in einer Marktwirtschaft nicht anders zu erwarten ist, hat sich keines dieser Wertungselemente allgemeine Anerkennung zu verschaffen gewußt.¹⁸⁸

¹⁸⁰ Kade, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11, S. 649, 651 ff.

¹⁸¹ Weber-Albert, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11, S. 646 f.

¹⁸² Vgl. Schachtschabel, Der gerechte Preis, S. 23 ff; Brinkmann, in: Der gerechte Preis, S. 227 ff; Kawalla, Die geschichtliche Entwicklung der modernen Werttheorie, S. 1 passim.

¹⁸³ Vgl. hierzu den Überblick bei Schachtschabel, Der gerechte Preis, S. 73, 84 f; 117 f. Ihm zufolge wird in der scholastischen Theorie vom gerechten Preis gefordert, daß das Bedürfnis gleichwertig und von gleicher Intensität sein müsse, wenn ein gerechter Ausgleich stattfinden solle. Das Bedürfnis wird normativ als der Bedarf eines christlichen Menschen erfaßt. In der katholischen Sozialethik des 19. Jahrhunderts tritt an dessen Stelle der Bedarf des rechtschaffenen Arbeiters, der die Höhe des Lohnes bestimmen soll (Pesch, Lohnvertrag und gerechter Lohn, S. 501).

¹⁸⁴ Vgl. hierzu den geschichtlichen Überblick bei Schachtschabel, Preis aaO, S. 69, 82, der zutreffend betont, daß dieser Denkanatz voraussetzt, daß die Herstellungskosten eines Gutes überschaubar, die Technik statisch und Angebot sowie Nachfrage fast ausgeglichen sind, so daß mit großen Schwankungen nicht gerechnet werden muß. Diese Voraussetzungen konnte die Zunftverfassung eine gewisse Zeit lang gewährleisten.

¹⁸⁵ Vgl. Schachtschabel, Preis aaO, S. 73, 79 f, 91.

¹⁸⁶ Vgl. hierzu Mayer-Maly, Festschrift Demelius, S. 145. Hierher gehört auch der „natürliche Wert“ im Sinne von Adam Smith, der sich bei Gleichgewicht unter vollständiger Konkurrenz bildet. Vgl. dazu Kade, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 11, S. 644.

¹⁸⁷ Vgl. Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, S. 166 sowie Fn. 133.

¹⁸⁸ Vgl. Bydlinski, Privatautonomie aaO, S. 152; Bartholomeyczik, AcP 166, 30 ff; Schmidt-Rimpler, Festschrift Raiser, S. 15 f; Kramer, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, S. 32 ff jeweils mit w. Nachw.

- e) Die Verteilung des Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisikos in umfassender Interessenabwägung

Angesichts der Schwierigkeiten, allgemeine Wertmaßstäbe zu entwickeln, an denen die Verschiebungen im Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung gemessen werden könnten, ist es nicht weiter verwunderlich, daß die Rechtsprechung¹⁸⁹ sowie ein beträchtlicher Teil der Literatur¹⁹⁰ auf die Erarbeitung von Prinzipien, die den objektiven Äquivalenzgedanken präzisieren sollen, verzichtet haben. Sie beschränken¹⁹¹ sich im Rahmen der Lehre von der Geschäftsgrundlage darauf, in einer umfassenden,¹⁹² dem konkreten Fall verpflichteten Interessenabwägung festzustellen, wann eine Risikobelastung unzumutbar¹⁹³ ist bzw. schlechthin Gerechtigkeit und Billigkeit^{193a} widerspricht.¹⁹⁴ Die Folge dieser Flucht in die allgemeine Interessenabwägung war zwangsläufig, daß Wertungen aus den verschiedensten Bereichen und Ebenen in die Entscheidung eingingen. Das Risikoverteilungssystem wurde dadurch gänzlich seiner ursprünglichen Klarheit und Praktikabilität beraubt, wie ein Blick auf die Vielfalt der von der Rechtsprechung im Rahmen der Geschäftsgrundlage-Figur verwendeten topoi beweist.

Zum Teil werden die Entscheidungskriterien dem Bereich der Leistungs- und Verwendungsplanung sowie ihrer Realisierung entnommen. So soll die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage grundsätzlich ausgeschlossen sein, wenn die Fehlplanung¹⁹⁵ bei verkehrsbüblicher Sorgfalt¹⁹⁶ vermeidbar¹⁹⁷ gewesen

¹⁸⁹ BGH, BB 56, 254; NJW 67, 721; weitere Nachw. aus der Rechtsprechung bei *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 372.

¹⁹⁰ *Lange*, Festschrift Giesecke, S. 36ff; *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 416f; *Nipperdey*, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, S. 21ff; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 242 Anm. 6 Cd; *Erman-Sirp*, BGB, § 242 Anm. 117f; im Ergebnis auch *Ulmer*, AcP 174 (1974), 192 (dazu unten S. 69f).

¹⁹¹ Vgl. *Rüthers*, Auslegung aaO, S. 35; *Wollny*, Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage, S. 51ff; vgl. auch § 16 des Gesetzes über betriebliche Alterssicherung, (BGBl I 1974, S. 3610), in dem der Gesetzgeber in einer Generalklausel das Ruhegeld in die Nähe der Unterhaltsverpflichtung rückt. Ähnlich § 7 LandpachtG, in dem sich der Gesetzgeber ebenfalls auf eine Generalklausel „grobes Mißverhältnis“ zurückgezogen hat.

¹⁹² Vgl. z. B. RGZ 147, 289; RG, SeuffA 94, 10f; BGH, LM Nr. 2 zu § 284 BGB; Nr. 12 zu § 242 (Bb) BGB; WM 64, 1254; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 180.

¹⁹³ Zur Tragfähigkeit des Begriffs der Unzumutbarkeit im besonderen, *Wollny*, Geschäftsgrundlage aaO, S. 104ff m. w. Nachw.

^{193a} Vgl. *K. Schmidt*, JuS 76, 715, der die Korrektur des Vertrages auf der Basis der §§ 315 III 2, 319 I 2 BGB befürwortet.

¹⁹⁴ BGHZ 2, 188; BGH, NJW 59, 2203; 76, 143; LM Nr. 25, 27, 39, 51 zu § 242 (Bb) BGB; WarnR 1973, Nr. 310; OLG Braunschweig NJW 76, 571; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 180; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 242 Anm. 6 Cd; *Erman-Sirp*, BGB, § 242 Anm. 173.

¹⁹⁵ Nach BGH, WM 62, 53 soll es genügen, daß die Parteien das „ob“ der Veränderung vorausgesehen haben.

¹⁹⁶ Ablehnend *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 410.

¹⁹⁷ RG, HRR 1918 Nr. 220; 1920 Nr. 66; 1923 Nr. 4; BGH, LM Nr. 61 zu § 242 (Bb) BGB; weitere Nachw. bei *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 410. Das Kriterium der Unvorhersehbarkeit betonen: RGZ 147, 218; RG, Warn 1918 Nr. 88; 1919 Nr. 153; OGHZ 2, 208; 4, 171.

ist.¹⁹⁸ Nach anderen Urteilen muß die zu einer Risikoentlastung führende Störung durch außergewöhnliche Umstände verursacht worden sein.¹⁹⁹ Die Unvorhersehbarkeit einer Störung führt aber nicht notwendig zur Risikobefreiung; ebensowenig hindert die Vorhersehbarkeit der Fehlplanung die Risikoentlastung.²⁰⁰ Ein weiteres Indiz für die Risikozurechnung liege darin, ob die Störung zum Verantwortungsbe-
reich²⁰¹ der von ihr betroffenen Partei gehöre, insbesondere von ihr herbeigeführt worden sei.²⁰² Es genüge freilich nicht allein der Umstand, daß die Störung auf Handlungen des Schuldners beruhe; letztlich entscheide Treu und Glauben,²⁰³ wie sich der Schuldner verhalten dürfe, ohne die Folgen seines Verhaltens auf sich nehmen zu müssen. In die Richtung auf die Beherrschbarkeit des Austauschprozesses weist die Erwägung, wer eine wirtschaftliche Chance nutzen wolle, die er aufgrund seiner Erkundigungen als gegeben ansieht, müsse auch das damit verbundene Risiko tragen.²⁰⁴

Neben diese zur Austauschplanung und -durchführung gehörenden Kriterien treten topoi, die auf die mit dem Geschäft verbundenen Vor- und Nachteile bezogen sind. Eine wesentliche Bedeutung komme natürlich dem Ausmaß²⁰⁵ der Störungsfolgen zu, denen sich der geschädigte Vertragspartner gegenübersteht.²⁰⁶ Außerdem sei zu berücksichtigen, in welchem Umfang die Höhe des vereinbarten Entgelts gesteigerte Risiken und Lasten rechtfertige,²⁰⁷ ohne daß ein Maßstab zur Ermittlung des „Normalentgelts“, dem die durchschnittlichen Risiken gegenüberstehen sollen,

¹⁹⁸ Darüber hinaus wird dem Schuldner angelastet, daß er sich überhaupt bewußt war, ein erhebliches Risiko einzugehen, selbst wenn er es im Einzelfall bedeutend niedriger eingeschätzt hatte. BGH, DB 71, 2060; WM 65, 955; 66, 593; DB 64, 28. Dabei wird der Fall ausgenommen, daß sich das Risiko auf besonders eigentümliche und unerwartete Weise realisiere. Vgl. auch A. Blomeyer, SchR, S. 144 f.

¹⁹⁹ BGH, WM 71, 243; wohl auch BGH, WarnR 1973, Nr. 310.

²⁰⁰ BGH, DB 65, 28; wohl auch BGH, NJW 76, 143; weitere Nachw. bei *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 410.

²⁰¹ BGH, WM 56, 355; 71, 243; WM 75, 919; OLG Oldenburg, NJW 75, 1788; vgl. auch BGH, LM 60 zu § 242 (Bb) BGB, wo schlechthin von Risikobereich die Rede ist; ebenso OLG Stuttgart, BB 74, 199 (200); ferner BGH, NJW 74, 2046; MDR 76, 382 (383) im Sinne von „Ursprung“.

²⁰² BGH, LM 47, 50 zu § 242 (Bb) BGB; WM 56, 355; 61, 1189; DB 67, 1172; OLG Braunschweig, NJW 76, 571; OLG Oldenburg, NJW 75, 1788; weitere Nachw. aus der Rechtsprechung bei *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 411.

²⁰³ BGH, LM 22 zu § 242 (Bb) BGB; vgl. ferner BGH, WM 61, 1197; 61, 1189; LM 23 zu § 242 (Bb) BGB.

²⁰⁴ BGH, LM 47 zu § 242 (Bb) BGB; ähnlich *Lange*, Festschrift Giesecke, S. 37; vgl. auch BGH, WM 71, 243; OLG Stuttgart, NJW 54, 233.

²⁰⁵ BGH, WM 65, 955, wo „ein ganz erhebliches Maß“ gefordert wird; ferner BGH, LM 25 zu § 242 (Bb) BGB; DB 58, 1325; NJW 76, 847; OLG Braunschweig, NJW 76, 571; *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 416, 451; kritisch *Krückmann*, AcP 116, 356; vgl. auch *Esser*, JZ 63, 490 von einem der „Opfergrenzen“-Theorie nahestehenden Ausgangspunkt aus.

²⁰⁶ RGZ 101, 83; OLG Frankfurt HEZ 1, 75; MDR 74, 401; ähnlich BGH, LM 23 zu § 242 (Bb) BGB, NJW 57, 826.

²⁰⁷ *Esser*, JZ 63, 490; BGH, WarnR 1973, Nr. 310; LG Hamburg, NJW 76, 1320.

angegeben^{207a} wird.²⁰⁸ Einen Schritt weiter geht der BGH,²⁰⁹ wenn er über das Entgelt hinaus den Gewinnen Rechnung trägt, die der Vertragspartner aus der ihm zugeflossenen Gegenleistung gezogen hat und noch ziehen kann.²¹⁰ So wurde im berühmten „Volkswagensparer“-Urteil geprüft, in welchem Umfang die dem VW-Werk zugeflossenen Gelder zum Ausbau der Fabrikanlagen eingesetzt wurden und wie sich diese Investitionen entwickelt haben.²¹¹ Daß der Empfänger diese Vorteile aus Drittgeschäften²¹² und mit rechtllichem Grund²¹³ erziele, sei unbeachtlich. Nicht nur der Gewinn aus der Gegenleistung spielt eine Rolle. Hat der Schuldner mehrere Aufträge übernommen und entsteht eine Leistungerschwerung nur bei einem der Aufträge, so ist das Ausmaß der Leistungerschwerung in Relation zum Gewinn aus allen Verträgen zu setzen.²¹⁴ Umgekehrt soll bei der Entscheidung, ob dem Schuldner ein Abrücken vom Verträge zu gestatten ist, auch der dem Gläubiger infolge der Nichterfüllung erwachsende Schaden in die Abwägung einbezogen werden.

Auf individualethischer Basis steht das Element eines mehr oder minder großen Gewichts des Versprechens, wenn ausgeführt wird, daß bei der Entscheidung auch darauf abzustellen sei, wie klar der Wille der Parteien bei Vertragsschluß zum Ausdruck gekommen sei, an den ausgehandelten Vertragsbedingungen festzuhalten.

Diese topoi vermischen sich mit Erwägungen, die sich aus dem Rollenverständnis wirtschaftlicher Tätigkeit herleiten: Aus dem Wesen²¹⁵ privatunternehmerischen Handelns ergebe sich, daß dem Unternehmer, der Gesellschaftsanteile gegen Umsatzbeteiligung erworben habe, nicht zugemutet werden könne, unrentable Betriebe fortzuführen.²¹⁶ Von diesem Verständnis wird wohl auch der Satz getragen, die Realisierung der Erwartung, in den zu gewerblichen Zwecken gemieteten Räumen gewinnbringende Geschäfte zu machen, gehöre eindeutig zum Risikobereich des Mieters.²¹⁷ Das Spekulationsgeschäft²¹⁸ wiederum wird selbst dann, wenn es wie bei

^{207a} Vgl. OLG Hamm, MDR 68, 50 (51).

²⁰⁸ Vgl. aber BGH, WM 61, 1196, wonach es darauf ankommen soll, welche Vorstellungen die Parteien hinsichtlich des Wertes der beiderseitigen Leistungen bei Vertragsschluß gehabt hätten. Vgl. ferner BGH, WM 75, 919, der ohne weiteres die Konstanz des Wertverhältnisses bejaht, obwohl sich die Gestehungskosten erhöht haben und möglicherweise die Marktpreise gefallen sind.

²⁰⁹ BGH, JZ 52, 147.

²¹⁰ Einschränkung RGZ 99, 118ff; RG, SeuffA 94, 11; zweifelnd A. Blomeyer, SchR, S. 145f.

²¹¹ Vgl. auch RGZ 119, 138.

²¹² RGZ 141, 212; BGH, DB 68, 1325.

²¹³ Anders BGH, NJW 65, 439.

²¹⁴ BGH, WM 64, 1254.

²¹⁵ Vgl. auch OLG Stuttgart, NJW 54, 233; OLG Frankfurt, NJW 52, 508.

²¹⁶ BGH, LM Nr. 22 zu § 242 (Bb) BGB. Vgl. auch BGH, NJW 76, 143; BayObLG, BayObLGZ 32, 95; v. Olshausen-Schmidt, Automatenrecht, Anm. B 94.

²¹⁷ BGH, LM 60 zu § 242 (Bb) BGB.

²¹⁸ RGZ 101, 82; BGH, WM 62, 53; Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 408 m.w. Nachw.

Großhandelsgeschäften dem Ausgleich langfristiger Schwankungen dient, am Bild des Spielers gemessen, der die von ihm eingegangenen Risiken nicht abwälzen dürfe, sobald das Spiel zu seinen Ungunsten ausgehe.²¹⁹

Darüber hinaus werden sozialethische²²⁰ Wertungen in die Interessenabwägung eingeführt. In diesem Zusammenhang sind vor allem die *topoi* bedeutsam,²²¹ die um die mögliche Existenzvernichtung²²² eines Vertragspartners oder seines Betriebes²²³ kreisen.²²⁴ Noch weiter ging die Rechtsprechung dort, wo sie im Rahmen von Austauschverträgen die finanzielle Bedürftigkeit der Parteien in die Betrachtung einbezog und die im Streit befindliche Geldsumme derjenigen Partei zusprach, die sie für ihren Lebensunterhalt dringender benötigte.²²⁵

Die Rechtsprechung hat sich auch nicht geschaut, sonstige soziale Faktoren zu berücksichtigen. So hat der BGH²²⁶ in einem Fall, in dem es um das Bürgschaftsrisiko ging, dem Verwandtschaftsverhältnis Einfluß auf die Risikoverteilung eingeräumt. Der Bürge stehe als Sohn seinem Vater, dem Hauptschuldner, der die Lastenausgleichsbehörde arglistig getäuscht hatte, „näher“ als die Behörde, zumal er als zukünftiger Inhaber des Geschäftes aufgetreten sei, in das der von der Lastenausgleichsbehörde gewährte Kredit geflossen ist. So ist es denn auch nicht verwunderlich, daß sogar das Verhalten der von einer Störung betroffenen Partei vor einem Schiedsgutachterausschuß, der den Streit über die Risikobelastung beilegen sollte, in die Waagschale geworfen wurde.²²⁷

Diese Billigkeitsrechtsprechung ist insbesondere von Larenz²²⁸ treffend kritisiert worden. Je weiter man den Kreis der für das Urteil über das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung relevanten Umstände zieht, desto eher mag die Entscheidung dem Ideal der Gerechtigkeit entsprechen. Ins Hintertreffen gerät jedoch die Rechtssicherheit und Praktikabilität des Risikoverteilungssystems. Der Richter

²¹⁹ Vgl. aber *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 181; zu stark vereinfachend *Larenz*, GG, S. 91.

²²⁰ *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 231 spricht von sozialstaatlicher Tendenz der Rechtsprechung.

²²¹ Sie können sogar spekulative Elemente des Geschäftes überlagern. BGHZ 17, 327; *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 408.

²²² RGZ 99, 258; 100, 129; 100, 134; 102, 98; OLG Frankfurt, HEZ 1, 74; BGH, LM 50 zu § 242 (Bb) BGB; LM 1 zu § 629 HGB; kritisch: *Locher*, AcP 121, 93 m.w. Nachw. Zur sogenannten „Ruin“-Theorie vgl. auch *Rüthers*, Auslegung aaO, S. 25 ff. Vgl. auch BGH, WM 69, 1021, wo schlechthin von Größe und wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens die Rede ist.

²²³ BGH, JZ 52, 147; zurückhaltend BGH, LM 2 zu § 242 (Ba) BGB.

²²⁴ Diese Erwägungen mögen bei Sozialkatastrophen größten Ausmaßes angemessen sein, wenn durch richterliche Vertragsgestaltung die gesamte Volkswirtschaft auf eine neue Grundlage gestellt werden muß. Vgl. *P. Ulmer*, AcP 174, 192 f m.w. Nachw. *Flume*, AT, S. 525, spricht hier treffend von privatem Lastenausgleich.

²²⁵ OGHZ 1, 71, 395 f; vgl. auch BGH, NJW 74, 2046.

²²⁶ BGH, NJW 65, 439.

²²⁷ BGHZ 2, 189; vgl. auch BGH, LM Nr. 2 zu § 284 BGB.

²²⁸ *Larenz*, GG, S. 119 ff; vgl. ferner *Lange*, Festschrift Giesecke, S. 22; *P. Ulmer*, AcP 174, 180 f; *Goltz*, Motivirrtum aaO, S. 228.

wird gezwungen, eine Fülle von Gesichtspunkten zu berücksichtigen. Die Aufblähung und Verschleppung des Prozesses ist die notwendige Folge dieses Lösungsansatzes. Diese Konsequenzen könnte man im Interesse einer möglichst gerechten Risikoziordnung noch hinnehmen. Das Pendel schlägt aber eindeutig gegen eine Risikoverteilung nach Billigkeitsgesichtspunkten aus, wenn sie von den Parteien nicht mehr einigermaßen zuverlässig zu ermitteln ist und sich erst im Rechtsstreit herauskristallisiert. Dieser Einwand stellt das weitere Bedenken gänzlich in den Schatten, der Richter könne ohne jede Bindung an das Gesetz durch entsprechende Risikoziordnung unumschränkt Wirtschafts- und Sozialpolitik treiben, auch wenn er nicht – wie bei Sozialkatastrophen – in diese Rolle gedrängt wurde.

f) Zusammenfassung

Alle Versuche, Maßstäbe für das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung zu gewinnen, sei es auf dem Wege über den „vernünftigen Sinn“ des Versprechens, die Auslegung der Vereinbarung, die Formel von der „redlichen Denkweise“ bzw. eine umfassende Interessenabwägung, haben sich als unbrauchbar erwiesen, da sie keine einleuchtenden und zugleich das Bedürfnis nach Rechtssicherheit ausreichend befriedigenden Risikoverteilungskriterien zur Verfügung stellen können. Es erscheint denn auch als wenig aussichtsreich, die Bemühungen um die Konkretisierung eines objektiven Äquivalenzmaßstabes fortzusetzen, der allen Gerechtigkeitsanforderungen genügen könnte. Dazu ist die Vorstellung von absoluter Vertragsgerechtigkeit zu vielschichtig.

5. Primär am Risikogedanken orientierte Lösungsansätze

Die Frage der Wertverschiebung und ihres Ausgleiches durch entsprechende Risikobelastung sollte in bewußt normativer Verkürzung der Problematik von den Implikationen der Wertberechnung befreit werden. In diesem Sinne verspricht ein primär kostenorientiertes Modell Abhilfe. Untragbare Diskrepanzen zur Preisbildung in der Marktwirtschaft, in der nicht allein Aufwand und Kosten, sondern vor allem die Knappheit der Güter wertbildende Kraft besitzen, sind nicht zu befürchten; denn es soll ja nicht anhand der Kosten der Wert der beiderseitigen Leistungen ermittelt werden, sondern nur festgestellt werden, in welchem Ausmaß die Vertragspartner mit den Folgen einer Leistungerschwerung durch Kostensteigerungen und mit nutzlosem Aufwand aufgrund von Zweckstörungen zu konfrontieren sind. Natürlich fallen diesem Ansatz bloße Knappheitsverschiebungen und die dadurch möglicherweise hervorgerufenen objektiven Äquivalenzstörungen, die weder eine Leistungerschwerung noch eine Zweckstörung zur Folge haben, zum Opfer. Das muß aber im Interesse der Praktikabilität hingenommen werden. Das kann um so leichter geschehen, als es sich hierbei durchwegs um Fälle handelt, bei denen eine Korrektur der ursprünglichen Konzeption der Risikoverteilung nicht so dringend erscheint.

Dem kostenorientierten Modell²²⁹ der arbeitsteiligen Bedürfnisbefriedigung zufolge verlagert der Nachfrager einen Teil der zur Bedürfnisbefriedigung notwendigen Tätigkeit auf den Anbieter und veranlaßt ihn damit zum Aufwand von Arbeit und sonstigen Kosten. Der Anbieter plant grundsätzlich das zur Erbringung einer festumrissenen Leistung erforderliche Vorgehen und den in der Zukunft dazu nötigen Aufwand, während der Nachfrager im wesentlichen die Verwendungsmodalitäten plant, um zur Bedürfnisbefriedigung zu gelangen. Soweit nur die im voraus kalkulierten Kosten und Mühen entstehen und mit diesen auch der geplante Nutzefekt erzielt werden kann, taucht eine rechtlich relevante Risikofrage nicht auf. Diesem Aufwand wurde im Rahmen der beiderseitigen Äquivalenzentscheidung bereits Rechnung getragen. Das Problem der Risikozuordnung entsteht dort, wo entweder zur Leistungserbringung ein höherer als der vorausgeschätzte Aufwand getrieben werden muß oder aber der Aufwand nutzlos bleibt, weil ein für die Primärzweckerreichung wesentlicher Planungsfaktor nicht konstant geblieben ist. Hierher gehört auch der Fall, daß Daten, die für die Bedürfnisbefriedigung erheblich sind, nicht stimmen bzw. sich anders entwickeln, als eingeplant wurde (Sekundärzweckstörung).

Die Risikoverteilungsproblematik konzentriert sich mithin auf die Frage, welche der Vertragsparteien die Fehlplanung zu *verantworten hat* und welche Kriterien das Maß der Verantwortung beschreiben.

a) Die Opfergrenzen-Theorien

Einen ersten Schritt in diese Richtung machen die „Opfergrenzen“-Theorien, wenn sie das Aufwandserhöhungsrisiko aus dem Blickwinkel der Kostensteigerung betrachten. Es fehlt bei ihnen jedoch der zweite Schritt in Richtung auf die Entwicklung sachgerechter Maßstäbe für die Risikoverantwortung.

So begnügt man sich vielfach mit der Formel, der Schuldner sei vom Risiko der Leistungerschwerung zu entlasten, wenn die Verpflichtung nicht mehr mit vertretbaren²³⁰ Anstrengungen erfüllt werden könne. Die Opfergrenze sei dort erreicht, wo die Leistung nur noch mit ganz ungeheurem, unzumutbarem²³¹ Aufwand zu erbringen sei. Dieses Zurechnungskriterium wird auch durch die Einführung des Begriffs vom „unverhältnismäßigen Opfer“ nicht konkreter, da das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein formales Kriterium darstellt, solange man nicht sagt, welche Werte zueinander in Relation zu setzen sind. Auf diese Frage werden die unterschiedlichsten Antworten gegeben. Zum Teil wird vorgeschlagen, die Vertragstreue

²²⁹ Das kostenorientierte Modell spaltet den Vertrag in zwei gegenläufige Austauschvorgänge auf. Näher dazu unten S. 96. Aus dieser Sicht zutreffend *Larenz*, JuS 72, 315, der die Ansicht vertritt, daß bei beiderseitiger, gleichzeitiger zu vertretender Unmöglichkeit einer Tauschleistung beide Parteien Ansprüche aus § 325 BGB stellen können. Unzutreffend *Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, S. 43 f. Die von Teubner befürchteten praktischen Schwierigkeiten sind nicht zu erwarten, da sich keiner der Vertragspartner ein Surrogat aufdrängen lassen muß; denn er kann vom Vertrag zurücktreten.

²³⁰ *Esser*, SchR. I, 4. Aufl., S. 58.

²³¹ *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 129; *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 114; *Heck*, SchR, S. 95.

gegen den Gedanken der Schuldnerschonung abzuwägen.²³² Auf einer ähnlichen Linie liegen die Lösungsansätze, die der Leistungserschwerung bzw. Art und Ausmaß der geschuldeten Leistung das Eigeninteresse des Schuldners gegenüberstellen,²³³ und insbesondere berücksichtigen wollen, über welche Mittel der Schuldner verfüge. Ferner wird in Anlehnung an die §§ 251 II, 633 II 2 BGB angeregt, ein angemessenes Verhältnis zwischen Leistungsaufwand und dem Interesse des Gläubigers am Erfolg zu sichern.²³⁴

Es bedarf keiner besonderen Betonung, daß die Abwägung von Vertragstreue und Schuldnerschonung ohne die Entwicklung aussagekräftiger Prinzipien auf dem Wege zu einer sachgerechten Risikoverteilung nicht weiterführen kann. Die Elemente „Eigeninteresse“ des Schuldners und „Mittel des Schuldners“ sind zwar leichter faßbar, gleichwohl aber für die Zuordnung des Leistungserschwerungsrisikos unbrauchbar. Die Forderung, dem Eigeninteresse des Schuldners Rechnung zu tragen, bedeutet nämlich ausschließlich, daß man jede auch nur geringfügige Äquivalenzstörung zugunsten des Schuldners in die Waagschale zu legen hat. Der Lösung des Problems, wann der Schuldner bei einer durch eine Leistungserschwerung hervorgerufenen Äquivalenzstörung der Verpflichtung ledig werden sollte, ist man somit keinen Deut näher gekommen. Diesen Vorwurf kann man zwar dem Kriterium „Mittel“ des Schuldners nicht machen. Der Solvenz des Schuldners muß aber in einer Wirtschaftsordnung, die vom Wettbewerb gesteuert wird, aus grundsätzlichen Erwägungen der Einfluß auf die Risikoordnung versagt bleiben.²³⁵ Es geht nicht an, daß der Gläubiger, der sich seinen Vertragspartner nach der Qualität des Angebotes ausgewählt hat, einen Verlust seines Anspruches hinnehmen muß, nur weil sein Lieferant zufällig eine unzulängliche Kapitalausstattung besitzt. Die Parallele zu den §§ 251 II, 633 II 2 BGB verspricht endlich eine sachgerechte Lösung für all die Fälle, in denen der schuldnerische Aufwand offensichtlich gesamtwirtschaftlich sinnlos ist.²³⁶ Damit läßt sich aber nur ein kleiner Teil der Aufwandserhöhungsrisiken sachgerecht zuordnen; denn in der Regel wird mit dem die Leistungserschwerung auslösenden Ereignis auch das Interesse des Gläubigers an der Leistung steigen. Man denke nur an die Verteuerung der Leistung durch eine Erhöhung der Rohstoffpreise, die alsbald auf die Marktpreise für die Güter durchschlagen, die zu liefern der Schuldner zugesagt hat. Das erhöhte Interesse des Käufers zeigt sich deutlich, wenn man daran denkt, daß der Käufer nun seinerseits die Leistung zu gestiegenen Preisen weiterveräußern kann.

²³² Heck, SchR, S. 95.

²³³ Heck, SchR, S. 85ff.

²³⁴ Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 203; Plank-Siber, BGB, Vorbemerkung zu §§ 275ff Anm. III 3c; in diese Richtung weisen auch die Ausführungen von Erman-Sirp, BGB, § 242 Anm. 177.

²³⁵ Dazu näher unten S. 232f.

²³⁶ Im Sinne einer optimalen Allokation, da der angestrebte Nutzen mit einem Substitutionsgut bedeutend billiger erreicht wird oder der Nutzensausfall offensichtlich geringer als der zu seiner Beseitigung erforderliche Aufwand ist.

Nicht so einfach von der Hand zu weisen ist hingegen das Risikoverteilungskriterium der „Außergewöhnlichkeit“. Gerade bei Leistungerschwerungen liegt es nahe, den Schuldner aus der Zurechnung zu entlassen, wenn die Störungsfolgen außergewöhnlich werden. Die „Opfergrenzen“-Theorien haben indessen mit dem Problem zu kämpfen, einen einleuchtenden Bezugspunkt für die „Außergewöhnlichkeit“ zu finden.

Dieses Manko zeigt sich deutlich bei dem Streit um die Tragweite des „Außergewöhnlichkeits“-Kriteriums. Während es das Reichsgericht²³⁷ nur dort einsetzte, wo die *Art und Weise* der Anstrengungen, die infolge der Aufwandserhöhung zur Erfüllung notwendig wurden, aus dem üblichen Rahmen des Geschäftslebens herausfallen, legte es Krückmann²³⁸ der Risikoverteilung auch dort zugrunde, wo ungewöhnliche Störungen lediglich die *Kosten* der Leistung erhöht hatten. Seiner Ansicht zufolge braucht der Schuldner Kostensteigerungen nur bis zur Grenze des von ihm einkalkulierten Gewinnes hinzunehmen, falls die Aufwendungen planungswidrig durch ein atypisches, den Geschäftsverkehr störendes und unvorhersehbares Ereignis hochgetrieben worden sind. Zur Begründung für diese Ausdehnung der Risikoentlastung über die vom Reichsgericht gezogenen Grenzen beruft sich Krückmann auf das Wesen des Synallagmas, das dem Gläubiger nach dem typischen Parteiwillen keinen Anspruch gebe, daß der Schuldner zu seinem eigenen Schaden leiste. Für eine solche Schlußfolgerung ist aber die Idee der objektiven Äquivalenz,²³⁹ auf die sich Krückmann mittelbar bezieht, viel zu abstrakt, um ohne konkretisierende Zwischenglieder überzeugen zu können. Die Risikoverteilung an Hand des Begriffs des außergewöhnlichen Risikos hat sich deshalb weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung völlig durchsetzen können.

b) Die Gefahr der Fehlplanung und vertragliche Risikoordnung

Fikentscher sieht zutreffend die Funktion der Geschäftsgrundlagen-Figur in der Zuordnung von Vertragsrisiken. Sinn jeder vertraglichen Bindung sei es, den Vertragspartner auch dann an der Vereinbarung festzuhalten, wenn ihm veränderte Umstände Anlaß zu einer anderen Interessenbeurteilung geben.²⁴⁰ Der Vertrag sei mithin als die vereinbarte Gleichbehandlung zweier Risikobereiche zur Erreichung individueller Sachzwecke zu charakterisieren. Von hier aus erhebt sich aber sofort die Frage, wie groß der Gefahrenbereich ist, in dem einem der Vertragspartner Störungen samt ihren Folgen zuzurechnen sind. Hierauf antwortet Fikentscher zunächst, das ergebe sich aus dem Parteiwillen, der aus der Lebenserfahrung entwickelten Verkehrstypik und hilfsweise dem Gesetz.²⁴¹ Damit ist man jedoch nur bei der Feststellung angelangt, jede Partei habe Risiken in dem Umfang zu tragen, in

²³⁷ RGZ 57, 118f; 93, 184f; RG, WarnR 1917, 293.

²³⁸ Krückmann, LZ 1918, 967.

²³⁹ Dies klingt auch bei Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, S. 7f; Esser, JZ 63, 490, an.

²⁴⁰ Fikentscher, GG, S. 31f.

²⁴¹ Fikentscher, GG, S. 34.

dem sie ihre Folgen durch Willenserklärung auf sich genommen habe oder sie ihr kraft Verkehrssitte bzw. dispositiven Rechts auferlegt worden sind.²⁴²

Das am Unmöglichkeitdogma orientierte dispositive Recht kann nun sicherlich nicht die allein maßgeblichen Kriterien liefern. Das wird auch von Fikentscher nicht verkannt.²⁴³ Anstatt nun aber im Schwerpunkt der Risikoverteilungsproblematik für eine Korrektur der §§ 275 ff, 323 f BGB differenzierte und zugleich materiell abgesicherte Risikozurechnungsgründe zu entwickeln, zieht sich Fikentscher auf die Unzumutbarkeit einer Belastung im Rahmen des dispositiven Rechts zurück:²⁴⁴ Es könnten, so argumentiert er, Fälle auftreten, in denen das objektive Recht die Risikobelastung einer Partei für überzogen, für unzumutbar halte. Bei jedem Vertragsrisiko sei eine gewisse Spanne der Zumutbarkeit einzukalkulieren. So fielen Risiken, die sich lediglich als Folge unüblicher Störungen realisierten, noch in den Zumutbarkeitsrahmen, den das Gesetz zu Lasten einer Partei abgesteckt habe. Als Beispiel könne man in diesem Zusammenhang auf die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen verweisen, falls der Fehler vom Käufer innerhalb der Frist der §§ 477 f BGB praktisch nicht zu entdecken gewesen sei. Erst dort, wo die durch die vertragliche Vereinbarung, Verkehrstypik und ursprüngliche Konzeption des dispositiven Rechts vorgezeichnete Risikobelastung die Grenze der Zumutbarkeit überschreite, sei eine Risikobefreiung zu gewähren.

Die Schranke zwischen Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit wird von Fikentscher in einer umfassenden Interessenabwägung ermittelt, bei der topoi wie das Verhältnis zwischen Gewinn und unerwarteten Verlusten, die Frage der Fixkosten, die übliche Abwicklungsdauer von Verträgen sowie die Gefahr einer Existenzvernichtung eine Rolle spielen.²⁴⁵ Ein entscheidender Fortschritt gegenüber den bisher dargestellten Lösungen ist mit diesem Ansatz nicht erreicht.²⁴⁶ Er verhindert zwar, daß die der Geschäftsgrundlage-Figur zugrunde liegende Problematik einseitig als Frage der Vertragstreue gesehen wird. Er stellt auch sicher, daß die Wertungen des BGB nicht aus den Augen verloren werden. Dieser Ansatz kann aber nur dann in vollem Umfang fruchtbar werden, wenn die Grenzen, innerhalb derer die das ursprüngliche System tragenden Wertungen wirksam werden sollen, nicht mit dem weitgehend inhaltsleeren Zumutbarkeitskriterium umschrieben werden, sondern wenn konkrete Risikozurechnungskriterien entwickelt werden.

Man darf nun nicht erwarten, daß sich diese Zurechnungskriterien in einem Großteil der Fälle, die man mit der Lehre von der Geschäftsgrundlage zu lösen versucht hatte, ohne weiteres den überkommenen Regelungen der *naturalia negotii* für die Grundtypen der Schuldverträge entnehmen lassen.

²⁴² Vgl. auch P. Ulmer, AcP 174 (1974), 182.

²⁴³ Unklar hier P. Ulmer, AcP 174 (1974), 184, wenn er eine Lücke schon verneint, falls eine gesetzliche Regelung zur Lösung des Interessenkonfliktes besteht.

²⁴⁴ Fikentscher, GG, S. 35, 43; ihm folgt Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 455; ähnlich BGH, WM 61, 1189; Lange, Festschrift Giesecke, S. 36 ff.

²⁴⁵ Fikentscher, GG, S. 70 ff, 76 f.

²⁴⁶ Vgl. Ganten, BauR 1972, 196.

Deshalb ist auch der Versuch Flumes,²⁴⁷ der ähnlich wie Fikentscher aus dieser Quelle wichtige Risikoverteilungskriterien schöpfen will, zum Scheitern verurteilt. So behauptet er, die Nichtbeachtung der Leistungerschwerung bis zur Grenze der Unmöglichkeit beruhe auf der Erwägung, daß der Verkäufer im Normalfall bei Aufwandserhöhungen das Risiko der Wirklichkeit zu tragen habe. Wolle man diese Regelung im Grundsatz nicht antasten und den Kaufvertrag, wie er als Vertragstyp gelte, nicht preisgeben, so dürften nur solche Leistungerschwerungen beachtet werden, die extraordinär²⁴⁸ seien. Der Prämisse kann man im wesentlichen zustimmen. Die Frage ist nur, wie man mit Flume aus dem Vertragstypus des Kaufvertrages bzw. dem § 275 BGB ableiten soll, daß der „Ausnahmefall“ gerade bei außergewöhnlichen Störungen eintrete, die nach den Verhältnissen bei Vertragsschluß jenseits aller Erfahrung und Voraussicht liegen. Weder die Regelung des § 275 BGB noch der §§ 433 ff BGB erlauben derartige Schlüsse. Der Kaufvertrag ist im BGB als Vertragstyp vielmehr eindeutig so geregelt worden, daß der Käufer auch extraordinäre Leistungerschwerungen, insbesondere in Form erhöhter Beschaffungskosten auf sich zu nehmen hat.

Wie willkürlich Flume mit den aus den jeweiligen Vertragstypen abgeleiteten Wertungen umgeht, zeigt sich auch bei der Behandlung der Primärzweckstörungen im Werkvertragsrecht.²⁴⁹ In dem Fall, in dem das Abschleppunternehmen zum Abschleppen eines Wagens bestellt wird, der Wagen aber schon wieder fahrtüchtig geworden ist, vertritt Flume die Ansicht, die gesetzliche Regelung der Gefahrverteilung zwischen Besteller und Unternehmer sei unvollständig. In diesen typisch mit Risiken behafteten Verträgen ergebe sich aus dem typischen Sinn der Vereinbarung, daß dem Besteller das Risiko in Höhe der schuldnerischen Aufwendungen aufzuerlegen sei. Die Lösung dieses Risikoverteilungsproblems wird also nicht aus der gesetzlichen Risikoordnung innerhalb eines Vertragstypus hergeleitet, sondern aus dem typischen Sinn von risikobehafteten Verträgen. Wie schwankend aber der typische Sinn solcher Verträge ist, beweist doch klar die Streubreite der Interpretationsergebnisse; denn es läßt sich mit guten Gründen auch vertreten, daß der Besteller die volle Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu entrichten habe, weil die Störung aus einer Sphäre stamme, die er regelmäßig besser zu überblicken imstande sei.

c) Risikozurechnung

Obwohl die Erarbeitung von Risikozurechnungskriterien im Vergleich zu den am Gedanken der objektiven Äquivalenz orientierten Maßstäben bedeutend geringere Schwierigkeiten hervorruft, hat sich auch hier noch keine Übereinstimmung hinsichtlich der Auswahl der entscheidungserheblichen Zurechnungsmaßstäbe eingestellt. So wird von den einen die verschuldensabhängige Zurechnung in den Vorder-

²⁴⁷ Flume, AT, S. 500 ff.

²⁴⁸ Flume, AT, S. 509.

²⁴⁹ Flume, AT, S. 514 f.

grund gestellt, während andere auf den Sphärengedanken im Sinn der Auswirkung einer Störung abheben. Dritte legen das Schwergewicht auf den Ursprung einer Störung und damit letztlich auf die typische Beherrschbarkeit. Für die Verteilung von Schadensersatzrisiken im Arbeitsrecht wurde endlich der Veranlassungsgedanke fruchtbar gemacht.

Die Vielzahl der Lösungsansätze kommt nicht von ungefähr. Die bisher entwickelten Risikozurechnungsprinzipien sind nämlich in ihrer Aussagekraft und Tragweite noch nicht klar durchdrungen worden. Vor allem wird vielfach verkannt, daß sie nicht allein für die Entscheidung eines konkreten Risikoverteilungsproblems verwendet werden dürfen, sondern daß sie nur in einem Zusammenspiel eine sachgerechte Risikoordnung ermöglichen.

aa) Verschuldensabhängige Risikozurechnung

Mit Hilfe einer vom Verschuldensgedanken geprägten Risikozurechnung wollen Jakobs und Lemppenau die Lücke im Bereich des Aufwanderhöhungsrisikos schließen, die durch die Abkehr von dem am Unmöglichkeitsbegriff orientierten Verteilungskonzept entstanden ist.

Jakobs setzt bei der Beobachtung an, daß der Inhalt der Schuld und das Ausmaß der Haftung weit auseinandergehen.²⁵⁰ In einer Analyse der historischen Wurzeln der Unmöglichkeitslehre versucht er dann nachzuweisen, daß der Schuldner durch die Schuld nicht stärker belastet werden dürfe als durch die Haftung wegen Nichterfüllung, die in § 325 I BGB vom Verschulden abhängig gemacht worden sei. Es müsse von der Grenze der Haftung wegen Nichterfüllung auf den Inhalt der Leistung zurückgeschlossen werden, d.h. beide Formen der vertraglichen Verpflichtung müßten einander angeglichen werden. Der geistige Schöpfer der Unmöglichkeitslehre, Mommsen, habe lediglich versucht, die gemeinrechtliche Lehre von casus und culpa schärfer zu fassen, an der er bemängelt habe, daß der positiv umrissene Begriff des casus zu ungenau sei. Der casus als Ereignis, das weder vorhergesehen oder wenn auch vorhersehbar, so doch nicht abwendbar ist, könne nur durch etwas Negatives, den Mangel an Verschulden charakterisiert werden. Eine bloß negative Abgrenzung des casus hätte den Begriff allerdings ins Ungemessene erweitert. Er hätte nämlich alle Ereignisse, die nicht verschuldet seien, erfaßt. Da solche Ereignisse fortwährend eintreten würden, sei ein zweites Eingrenzungskriterium nötig gewesen, das auf die tatsächliche Auswirkung des Ereignisses auf die Leistung bezogen ist. Mommsen habe zu diesem Zweck das „Unmöglichwerden der Leistung“ eingeführt. Damit habe er eine *Blindheit gegenüber den Fällen der Leistungsschwerung* offenbart. Mommsen sei nämlich von der falschen Prämisse ausgegangen, derzufolge der Schuldner, der zwar die Möglichkeit zur Leistung besitze, aber nicht leiste, „per se“ schuldhaft handle.²⁵¹ Daraus folgert Jakobs, daß die nachfolgende

²⁵⁰ Jakobs, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, S. 80.

²⁵¹ Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 112ff.

Unmöglichkeit bei Mommsen als selbständige Kategorie unbeachtlich sei, daß es im Gegenteil allein auf die Frage nach dem Verschulden ankomme. Im Tatbestand der von Mommsen angenommenen Regel habe die Unmöglichkeit daher nur die Bedeutung eines noch bestätigungsbedürftigen Indizes, daß die Erfüllung ohne Verschuldung ausgieblen sei.²⁵² Dieses Indiz bedürfe in jedem Falle einer konkreten Bestätigung.

Ein zweiter Pfeiler der These Jakobs' gründet auf der Behauptung, in der Vorstellung Mommsens, Windscheids und des historischen Gesetzgebers sei der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit ein mißglückter Ausdruck für die Aufwandserhöhung, nicht aber für die persönliche Leistungsfähigkeit gewesen.²⁵³ Mommsen habe in Fällen, in denen eine verkaufte Spezies abhanden gekommen war, aber durchaus wieder beschafft werden konnte, es schlechthin bei dem Mangel an Dispositionsbereitschaft bewenden lassen. Er habe also darauf verzichtet, zu prüfen, ob der Schuldner kraft besonderer Kenntnisse und Fähigkeiten den Gegenstand wieder in seinen Besitz bringen könne. Damit seien die Grenzen der Unmöglichkeit in den Bereich der „wirtschaftlichen Unmöglichkeit“ hinein erweitert worden. Diese Form der Gleichbehandlung von objektiver Unmöglichkeit und unverschuldeter Leistungerschwerung sei von Windscheid und insbesondere den Verfassern des BGB ganz richtig verstanden worden. Der Ansicht Windscheids zufolge beruhe nämlich die subjektive Unmöglichkeit auf der unverschuldeten Veränderung der Verhältnisse, aufgrund derer der Schuldner kontrahiert habe.

Allerdings sei Windscheid mit dieser Formulierung weit über das Ziel hinausgeschossen. Das sei nur daraus zu erklären, daß er die Problematik der Aufwandserhöhung nicht klar erkannt habe. Auch die I. Kommission habe eindeutig zwischen subjektiver Unmöglichkeit im Sinne persönlichen Unvermögens und im Sinne der Leistungerschwerung differenziert. Die individuelle Leistungsunfähigkeit habe sie für gänzlich irrelevant erklärt, während sie der Leistungerschwerung bei Verträgen über spezifizierte Güter Einfluß auf die Obligation eingeräumt habe, freilich ohne die Grenzen der Beachtlichkeit abzustecken. Erst in der Redaktionskommission sei diese gesetzgeberische Entscheidung grundlegend verfälscht worden.

Aus dieser Analyse leitet Jakobs den Schluß ab, daß man dort auf den Maßstab der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zurückzugreifen habe, wo die Verfasser des BGB es versäumt hätten, das dem Schuldner zur Überwindung von Schwierigkeiten obliegende Verhalten näher zu beschreiben.²⁵⁴ Nach den in § 276 BGB angelegten Kriterien sei darüber zu entscheiden, ob der Schuldner überhaupt zur Leistung verpflichtet sei oder nicht. Der Bestand der Leistungspflicht sei mit anderen Worten dadurch bedingt,²⁵⁵ daß die Leistung mit dem bei Beobachtung dieser Sorgfalt gebo-

²⁵² Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 125 f.

²⁵³ Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 141 ff; ihm folgt im Ergebnis Esser-Schmidt, SchR I 1, 5. Aufl., S. 241.

²⁵⁴ Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 209.

²⁵⁵ Damit entgeht Jakobs dem Einwand, der gegen die „Kraftanstrengungs“-Lehre erhoben worden ist. Hierzu vgl. die Kritik bei Planck-Siber, BGB, Vorbem. § 241 Anm. III B.

tenen Verhalten bewirkt werden könne.²⁵⁶ Der Schuldner habe mithin keineswegs alles zur Erfüllung Notwendige zu tun bzw. zu unterlassen, sondern sich nur wie ein „reasonable man“ zu verhalten. Das in diesem Sinne Erforderliche sei nicht nur von Vertragstyp zu Vertragstyp verschieden, sondern müsse auch entsprechend den wirtschaftlichen Vertragstypen etwa vom Großhändler zum Gelegenheitsverkäufer modifiziert werden. § 279 BGB komme mithin für Gattungsschulden keine eigenständige Bedeutung mehr zu. Er spreche lediglich aus, was auch für die Speziesschuld gültig sei: Persönliches Leistungsvermögen, auch soweit es auf einem Mangel an finanziellen Mitteln beruhe, ist unerheblich.²⁵⁷ Befreiend wirke allein die Leistungserschwerung, deren Überwindung dem Schuldner mehr abverlangen würde, als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt einem ordentlichen Kaufmann zum Zwecke der Erfüllung gebiete. Der einzige Unterschied zwischen Spezies- und Gattungsschuld liege demnach auf tatsächlichem Gebiet, da bei Gattungsschulden das Leistungshindernis alle zur betreffenden Gattung gehörenden Sachen tangieren müsse.²⁵⁸

Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Lemppenau auf einem Weg, der im Unterschied zu Jakobs bewußt von den historischen Quellen des § 279 BGB hinwegführt.

Die in § 279 BGB statuierte Rechtsfolge entspringt seiner Meinung nach einer unzulässigen Vermischung der Klagearten des „stricti iuris“ und des „bonae fidei iudicium“. ²⁵⁹ Sie habe sich indessen nicht durchzusetzen vermocht; denn die Aussage des § 279 BGB sei bald durch Lehre und Rechtsprechung verändert worden. So habe die große Mehrheit der Schriftsteller gleich nach Inkrafttreten des BGB Leistungshindernisse aus dem Geltungsbereich des § 279 BGB herausgenommen, die wie Krankheit nichts mit der spezifischen Eigenschaft der Forderung als Gattungsschuld zu tun hätten.²⁶⁰ Von den für Spezies- und Gattungsschulden charakteristischen Unterschieden im Schuldnerverhalten – einerseits bloße Abgabe, andererseits vorherige Beschaffung der Leistungsobjekte – sei auf die ratio der verschärften Haftung gemäß § 279 BGB zurückgeschlossen worden, um auf diese Weise die von § 279 BGB angeordnete Irrelevanz des Unvermögens auf die Unfähigkeit, die geschuldeten Güter zu beschaffen, zurückzudrängen. Der Gehalt des § 279 BGB habe sich darüber hinaus infolge von Verschiebungen im Unmöglichkeitsbegriff und im Verständnis des Schuldverhältnisses verändert,²⁶¹ das immer stärker als ein Gefüge von Verhaltenspflichten interpretiert worden sei.

Aus dieser Entwicklung zieht Lemppenau die Konsequenz, daß man zwischen Geschäften, die nur die Abgabe von Gegenständen betreffen, die dem Schuldner bereits gehören, und solchen Austauschverhältnissen zu differenzieren habe, bei denen die veräußerten Objekte vom Schuldner erst noch beschafft werden müß-

²⁵⁶ Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 214.

²⁵⁷ Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 150 ff.

²⁵⁸ Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 159.

²⁵⁹ Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, S. 46.

²⁶⁰ Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 48 ff.

²⁶¹ Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 59 ff.

ten.²⁶² Bei der Abgabeschuld stehe die rechtliche Beziehung des Schuldners zu dem Gegenstand, der übertragen werden solle, im Vordergrund. Hingegen sei im Rahmen von Beschaffungsschulden für den Gläubiger die rechtliche Befugnis zur Übertragung zunächst unerheblich. Für ihn sei vielmehr die Qualifikation und die Fähigkeit des Schuldners, den Leistungsgegenstand zu besorgen, ausschlaggebend. Der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Schuldners wegen verlagere der Gläubiger die Beschaffung auf die dafür spezialisierten Anbieter. Um dieses Vertrauen ausreichend zu schützen, genüge es, die Risikoverteilung am objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab auszurichten. Daraus folge, daß das Risiko unabhängig davon zu verteilen sei, ob das Leistungshindernis im Bereich des Schuldners seinen Ursprung habe oder ob es außerhalb dieser Sphäre unbeeinflusst vom Verhalten des Schuldners entstehe. Es sei ausschließlich dann dem Schuldner zuzuordnen, falls von ihm die Beseitigung des Leistungshindernisses oder rechtzeitige und angemessene Vorsorge nach den objektiven Verhaltensanforderungen seines Berufsstandes²⁶³ erwartet werden konnte.²⁶⁴

Lemppenau gelangt mithin von einem abweichenden Ausgangspunkt zu der von Jakobs vertretenen Risikoziuzuordnung.

Das von Jakobs und Lemppenau erzielte Resultat läßt sich nicht halten. Es ist nicht nur vom historischen Ansatz her anfechtbar, sondern auch vom Standpunkt der Wettbewerbsordnung aus wenig überzeugend.

Die These Jakobs', die subjektive Unmöglichkeit beziehe sich bei Mommsen auf die Fälle der Leistungerschwerung, nicht jedoch auf Fälle der persönlichen Leistungsunfähigkeit, verkennt, daß Mommsen – wie Wollenschläger²⁶⁵ nachgewiesen hat – vom vernunftsethischen Unmöglichkeitsbegriff ausgeht, der immer an dem individuellen Leistungsvermögen gemessen wurde. Dieses Verständnis des Begriffes „Unvermögen“ liegt auch der Formulierung der I. Kommission zugrunde, mit der sie die Ausnahme vom Grundsatz der allein befreienden objektiven Unmöglichkeit umschrieb. Eine Ausnahme solle danach nur für den Fall gelten, daß ein „in sich, d. h. individuell bestimmter Gegenstand zu leisten (sei)“²⁶⁶ und der Schuldner infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Ereignisses nachträglich außer Stand gesetzt (werde),²⁶⁶ denselben zu leisten.“²⁶⁷

Damit ist allerdings kein Verdikt über den Versuch gefallen, die durch die Rechtsfortbildung in die Unmöglichkeitslehre gerissene Lücke durch eine Angleichung

²⁶² Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 71 ff.

²⁶³ Einen ähnlichen Gedanken läßt Rothoeft, System aaO, S. 21 einfließen. Unklar Larenz, SchR I, S. 260, der den Unterschied seiner Lösung zur Theorie Lemppenaus auf die Ebene der Formulierung verweist; er ist wohl eher den Vertretern der verschuldensunabhängigen Zurechnung zuzuweisen.

²⁶⁴ Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 98 f; ähnlich Gudian, NJW 71, 1239 f für das anfängliche Unvermögen; vgl. ferner U. Huber, Festschrift für E. R. Huber, S. 287 f.

²⁶⁵ Wollenschläger, Entstehung der Unmöglichkeitslehre aaO, S. 131 f.

²⁶⁶ Einfügung des Verf.

²⁶⁷ Mot. II, S. 46.

von Schuldinhalt und Haftungsmaßstab zu schließen. Man muß nur klar sehen, daß man auf diesem Weg mit den wirtschaftspolitischen Zielen²⁶⁸ in Konflikt kommt, die der *gesetzlich institutionalisierten Wettbewerbsidee*²⁶⁹ zugrunde liegen. Das gilt vor allem für das Ziel einer optimalen Allokation der Ressourcen.

Die Risikoverteilung anhand des Fahrlässigkeitsmaßstabes ist nämlich das Produkt einer wertenden Abwägung, bei der sich einerseits das Ausmaß der Gefahr und andererseits der zu ihrer Abwehr nötige Aufwand sowie die aus Schutzvorkehrungen resultierende Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit gegenüberstehen.²⁷⁰ Diese Abwägung erfolgt unter starker Berücksichtigung des in den maßgeblichen Kreisen üblichen Sorgfaltsstandards. Das Normale wird zur Norm.

Theoretisch könnte man zwar vom Richter erwarten, daß er zwischen den Kosten von Vorsorgemaßnahmen und ihrem gesamtwirtschaftlichen Nutzen abwägt. Man müßte hierzu die von dem amerikanischen Richter Learned Hand²⁷¹ eingeführte Formel verwenden,²⁷² derzufolge fahrlässiges Verhalten zu bejahen ist, falls das Ausmaß des Schadens, multipliziert mit seiner Wahrscheinlichkeit, geringer ist als die Aufwendungen, die zu seiner Verhinderung nötig gewesen wären. Würde man die Fahrlässigkeit nach dieser Formel bestimmen, so würden die Risiken im Sinne einer optimalen Allokation der Ressourcen verteilt werden.

In der Praxis wird die Rechtsanwendung jedoch durch dieses Verständnis des Fahrlässigkeitsbegriffes überfordert. Der Richter müßte die Kosten der Schutzmaßnahmen eruieren, die garantiert hätten, daß das verletzte Rechtsgut unversehrt geblieben wäre. Hierbei ist er bei Austauschverträgen im wesentlichen auf Angaben aus den Kreisen der Anbieter angewiesen, die daran interessiert sein mögen, daß die Kosten übertrieben hoch angesetzt werden.²⁷³ Die Gefahr unzulänglicher Information besteht vor allem dort, wo es um die Bewertung der Wahrscheinlichkeit eines Schadens geht. Angesichts der arbeitsteiligen Spezialisierung wird sich hier der Richter häufig auf die Aussagen desjenigen Vertragsteils verlassen müssen, der im Verdacht steht, schuldhaft gehandelt zu haben. Schließlich hätte man im Rahmen einer rein ökonomisch verstandenen Fahrlässigkeitsformel auch immaterielle Werte wie Bewegungsfreiheit oder Gesundheit zu quantifizieren; denn die Einschränkung der Bewegungsfreiheit erhöht den Abwehraufwand, während eine Körperverletzung für den Geschädigten Verluste mit sich bringt, die ökonomisch über die reinen Heilungskosten und sonstige Vermögensschäden hinausgehen. Für beide Werte gibt

²⁶⁸ Zu den Zielen, die mit dem Wettbewerb verfolgt werden können, *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes, S. 15 ff.

²⁶⁹ *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 237 ff; *Steindorff*, Festschrift Raiser, S. 632 ff, bes. S. 639 ff; *Böhm*, Ordo XVII (1966), 95 ff; *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, S. 37 ff.

²⁷⁰ *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 118; vgl. ferner *Müller-Erzbach*, AcP 106, 322.

²⁷¹ In der Entscheidung *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F. 2d 169 (2d Cir. 1947).

²⁷² *Posner*, *Economic Analysis of Law*, S. 69 ff; *ders.* 2 *Journal of Legal Studies*, 206 ff (1973).

²⁷³ *Posner*, *Analysis aaO*, S. 323.

es keine überindividuellen Anhaltspunkte im Marktpreis.²⁷⁴ Die Unfähigkeit²⁷⁵ der Gerichte, die ökonomische Formel der Fahrlässigkeit mit ausreichender Sicherheit zu quantifizieren, zeigt sich noch deutlicher, wenn man den Faktor „Aufwand für Abwehrmaßnahmen“ aus der Perspektive technischer und organisatorischer Entwicklungsmöglichkeiten sieht.²⁷⁶ Die Gerichte mögen noch annähernd die Kosten der gebräuchlichen Schutzvorkehrungen ermitteln können. Sie sind aber außerstande, den Fahrlässigkeitsvorwurf darauf zu gründen, daß keine bedeutend billigeren oder effizienteren Einrichtungen zur Schadensverhütung entwickelt worden sind, obwohl dies von den Kosten her gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt gewesen wäre.

So muß denn auch Posner,²⁷⁷ der den rein ökonomischen Fahrlässigkeitsmaßstab im Interesse einer optimalen Allokation der Ressourcen favorisiert, zugestehen, daß die Gerichte in der Regel auf Versuche, eine Kosten-Nutzen-Rechnung aufzustellen, verzichten und sich auf die Üblichkeit bestimmten Verhaltens und auf die einleuchtenden Muster „vernünftigen Handelns“ zurückziehen.²⁷⁸ Die so entwickelten Zurechnungskriterien sind in einer handwerklich orientierten, überschaubaren Wirtschaftsordnung ohne weiteres ausreichend. In einer Industriegesellschaft, die im Wettbewerb den zur Bedürfnisbefriedigung notwendigen Aufwand minimieren will, bringt indessen ihre Überbetonung²⁷⁹ schwerwiegende Nachteile mit sich.²⁸⁰

Diese Nachteile werden entgegen Posner²⁸¹ auch nicht im Wettbewerb ausgeschaltet. Man kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß der Markt bei Austauschverträgen ohne eine verschuldensunabhängige Zurechnungsregel den optimalen Sicherheitsstandard schaffen würde. Dies würde nur auf dem Modellmarkt geschehen, auf dem vollkommene Transparenz herrscht. Dort würden und müßten die Anbieter mit dem Qualitätsmerkmal „Schadensrisiko“ konkurrieren; denn für den Nachfrager bestehen die Kosten für eine Leistung letztlich aus dem versprochenen Entgelt samt den Schäden, die er im Rahmen des Austausches möglicherweise erlei-

²⁷⁴ Posner, Analysis aaO, S. 324.

²⁷⁵ Horn, AcP 176 (1976), 322, 325; Epstein, 2 Journal of Legal Studies, 152 ff (1973); Calabresi/Hirschoff, 81 Yale Law Journal, 1055, 1059 (1972); Kötz, Deliktsrecht, S. 62.

²⁷⁶ Vgl. Morris, 70 Yale Law Journal, 595 f (1961); vgl. ferner Calabresi, The Costs of Accident, S. 256; Calabresi/Hirschoff, 81 Yale Law Journal, 1059 ff (1972).

²⁷⁷ Posner, Analysis aaO, S. 323.

²⁷⁸ Zumal, wenn man fordert, der objektive Verschuldensmaßstab im Sinne des § 276 BGB müsse sich noch auf Rudimente persönlicher Vorwerfbarkeit zurückführen lassen. Vgl. Lorenz, SchrR I, S. 232 ff; Canaris, Vertrauenshaftung aaO, S. 203 f; U. Huber, Festschrift Wahl, S. 303. Deshalb muß auch gegen die Thesen Steindorffs (AcP 170 [1970], 93 ff, bes. 115 f) zur Produzentenhaftung ein Vorbehalt angemeldet werden.

²⁷⁹ Morris, 70 Yale Law Journal, 595 (1961).

²⁸⁰ Trimarchi, ZHR 136, 131 f. Damit steht die Beobachtung in Einklang, daß die Rechtsprechung verschiedentlich ein Verschulden konstruiert. Esser, JZ 53, 129 ff; Simitis, Verhandlungen des 47. DJT, Bd I S. 6/84; Kötz, Deliktsrecht, S. 122 f.

²⁸¹ Posner, Analysis, S. 89; ders. 2 Journal of Legal Studies, S. 208 (1973).

den kann. Gelingt es einem Anbieter, Schadenshöhe oder Wahrscheinlichkeit eines Verlustes im Vergleich zu den hierfür erforderlichen Kosten überproportional zu senken, so erlangt er hierdurch einen Wettbewerbsvorsprung. Der erhöhte Sicherheitsstandard würde für den Nachfrager also letztlich eine Preissenkung mit sich bringen. Zugleich würden für die Gerichte Anhaltspunkte für die optimale Qualität von Schutzvorkehrungen entstehen.

In der Praxis ist dieser Wettbewerbsdruck jedoch nicht so groß, als daß man auf seine Intensivierung durch eine verschuldensunabhängige Zurechnung verzichten könnte. Die Nachfrager sind vielfach über die Wahrscheinlichkeit von Schäden, die beim Austausch mit bestimmten Anbietern entstehen können, nur unzulänglich informiert und daher außerstande, die mit unterschiedlichen Angeboten verbundenen Gefahren exakt zu bewerten. Es ist daher auch nicht zu erwarten, daß sie ihre Nachfrageentscheidung immer danach ausrichten würden, wo das Risiko am geringsten ist. Dieses Manko ließe sich freilich durch eine entsprechende Informationspolitik des Anbieters beheben. Die Kosten für diese Werbung²⁸² mögen aber vor allem dort, wo die potentielle Senkung des Risikos recht gering ist, zusammen mit den Aufwendungen für eine Entwicklung besserer Schutzmaßnahmen, den Wettbewerbsvorsprung zunichte machen, da sie nur über eine Preiserhöhung finanziert werden können. Der Anbieter wird sich deshalb bei einem Fahrlässigkeitsmaßstab nur zu solchen Neuentwicklungen von Einrichtungen zu Schadensverhütungen bereitfinden, die einen großen „Sprung nach Vorwärts“ darstellen und sich gut verkaufen lassen. Hinzu kommt ein weiteres. Die Anbieter werden häufig auch deshalb keinen Wettbewerbsvorstoß mit Hilfe einer Senkung der Schadensquote unternehmen, weil sie befürchten, daß erst die Werbung mit „verbesserter Sicherheit“ das Augenmerk der Kunden auf die relative Unsicherheit ihrer Angebote lenkt und sie veranlaßt, auf Produkte auszuweichen, von denen sie glauben, daß sie schon bislang sicherer waren,²⁸³ oder aber die Nachfrage einzuschränken.

Es ist mithin nicht zu erwarten,²⁸⁴ daß ein Unternehmer stets schon dann Abwehrmaßnahmen einleiten wird, wenn die drohenden Schäden größer als die erforderlichen Vorsorgeinvestitionen erscheinen; denn in einem vom Verschuldensprinzip geprägten System kann er immer die Hoffnung hegen,²⁸⁵ bestimmte Maßnah-

²⁸² Zur Bedeutung der „Transaktionskosten“ vgl. *Demsetz*, 1 *Journal of Legal Studies*, 25 ff (1972); *Barton*, 1 *Journal of Legal Studies*, 292 f (1972); *Horn*, AcP 176 (1976), 322.

²⁸³ *Posner*, *Analysis aaO*, S. 91; *ders.* 2 *Journal of Legal Studies*, 211 (1973).

²⁸⁴ Selbst wenn man mit *Posner* (2 *Journal of Legal Studies*, 212 [1973]) der Ansicht ist, die Frage, ob verschuldensabhängige oder verschuldensunabhängige Zurechnung im Sinne einer optimalen Allokation effizienter ist, könne angesichts des derzeitigen Standes der empirischen Forschung nur rein spekulativ beantwortet werden, so bedeutet dies für die hier behandelte Frage, daß man die gesetzliche Entscheidung in den §§ 279, 275 BGB für eine verschuldensunabhängige Zurechnung des Risikos planungswidrigen Aufwandes nicht vorschnell völlig aufgeben sollte, sondern zunächst versuchen sollte, sie systemimmanent zu restringieren.

²⁸⁵ Der Theorie *Jakobs* zufolge müßte auch der leistungsfähigere Anbieter frei werden; denn angesichts der „par conditio concurrentium“ kann man von ihm keinen höheren Aufwand verlangen.

men, mögen sie auch wirtschaftlich durchaus vertretbar sein, würden nach Ansicht der Gerichte seine Sorgfaltspflicht übersteigen, sei es, weil sie noch nicht eingeführt sind, sei es, weil sie jenseits der Leistungsfähigkeit kleinerer Unternehmen liegen. Er wird darauf um so eher verzichten, als die Gefahr besteht, daß die Nachfrager, die die aus einer optimalen Gefahrenbeherrschung resultierende erhöhte Leistungsfähigkeit des Anbieters nicht richtig bewerten, dem Konkurrenten den Vorzug geben, der zu niedrigeren Preisen anbietet, weil er sich darauf beschränkt, die verkehrsüblichen Methoden zur Leistungserbringung anzuwenden.

Der wirtschaftliche Druck auf die Unternehmen, optimale Vorsorgevorkehrungen zu treffen, ist mithin bei alleiniger Geltung des Verschuldensprinzips bedeutend geringer, als es im gesamtwirtschaftlichen Interesse wünschenswert²⁸⁶ wäre.²⁸⁷ Die Minderung der Wettbewerbsauslese, die Unternehmen, deren Leistungsfähigkeit nur den üblichen Störungen gewachsen ist, aus dem Markt verdrängen würde, wirkt sich vor allem im Rahmen von Austauschverträgen²⁸⁸ lähmend auf die Dynamik des technischen und betriebswirtschaftlichen Fortschritts aus. Erfahrungsgemäß führt ein entsprechender wirtschaftlicher Ansporn mittelfristig zur Entwicklung von Techniken, mit denen Störungen ausgeschaltet werden können, die nach dem bisherigen Stand der Technik nicht zu bewältigen sind. Das Verschuldensprinzip, das sich zwangsläufig dem jeweiligen Stand der Kenntnisse und Fähigkeiten durchschnittlicher Austauschpartner anpaßt,²⁸⁹ würde diesen Ansporn beseitigen.

Bevor man daher das Aufwandserhöhungsrisiko nach Verschuldensgrundsätzen verteilt, sollte man prüfen, ob sich nicht auch mit Hilfe verschuldensunabhängiger Zurechnungsprinzipien eine sachgerechte Risikobegrenzung erreichen läßt. Damit wird zwar eine Diskrepanz zwischen dem Umfang der Schuld und der Haftung zementiert. Diese gesetzgeberische Entscheidung kann jedoch durchaus akzeptiert werden.²⁹⁰ Anders als bei normalen Leistungerschwerungen bemißt sich die Beschwerung des Schuldners mit einer Schadensersatzpflicht, d.h. die Höhe des Schadens, im wesentlichen nach Daten, die in der Sphäre des Vertragsgegners liegen. Den dem Vertragspartner erwachsenden Schaden vermag der Schuldner bei Vertragsschluß nur relativ schwer einzukalkulieren, zumal er vielfach von Nachfrager zu Nachfrager beträchtlich schwankt und sich somit nur schwer Erfahrungssätze gewinnen lassen. Beachtet man diese Unterschiede zwischen der bloßen Aufwandserhöhung und der Modifizierung des geplanten Aufwandes als Konsequenz der Scha-

²⁸⁶ Hier erkennt *Steindorff*, AcP 170 (1970), 117, daß eine verschuldensunabhängige Haftung nicht notwendig das Eingeständnis der Unvermeidbarkeit von Schäden bedeutet. Im übrigen werden sich Unternehmen auch durch Verschuldensmaßstäbe, die überhöht sind, nicht zu Schutzvorkehrungen veranlaßt sehen, wenn der Aufwand höher als der potentielle Schaden ist.

²⁸⁷ *Trimarchi*, ZHR 136, 127 ff; so auch schon *Müller-Erzbach*, AcP 106, 413 ff.

²⁸⁸ Vgl. *Kötz*, AcP 170 (1970), 5 Fn. 8.

²⁸⁹ *Deutsch*, Fahrlässigkeit aaO, S. 126; *Trimarchi*, ZHR 136, 133; *Calabresi*, Costs aaO, S. 163.

²⁹⁰ Vgl. unten S. 236 ff.

densersatzverpflichtung, so erscheint eine Privilegierung des Schuldners dort, wo er der Gefahr von Schadensersatzansprüchen ausgesetzt ist, als durchaus vertretbar. Freilich bietet vom Ziel der Kalkulierbarkeit von Schäden aus gesehen die Herabsetzung des Zurechnungsmaßstabes auf Verschulden keine völlig konsequente Lösung. Von diesem Ausgangspunkt aus wäre es richtiger gewesen, das Korrektiv bei der Vorhersehbarkeit von Schäden anzusetzen. Diesen Weg hat das Gesetz jedoch – wenn man von der Schranke des § 254 II BGB absieht – nicht eingeschlagen, sondern den Schuldner durch eine Abschwächung der Intensität der Zurechnung vor allzu gravierenden Risiken zu schützen gesucht.

bb) Die „Auswirkungs“-Theorie

Man hat nun versucht, mit dem verschuldensunabhängigen Risikozurechnungselement der „Auswirkung“ ein Kriterium für eine sachgerechte Risikozuordnung bereitzustellen.²⁹¹ Besonders häufig wurde es im Rahmen von Primärzweckstörungen ins Spiel gebracht.

Die „Auswirkungs“-Theorie tritt in mehreren Spielarten in Erscheinung. Ihnen allen ist gemeinsam, daß der Gläubiger das Risiko von unüberwindbaren Leistungshindernissen, die sich zuerst in seinem Rechtskreis auswirken und damit die Erbringung der Leistung blockieren, ganz oder partiell zu tragen hat. Der Schuldner soll wegen derartiger Störungen nicht umsonst, d. h. ohne Entgelt, Aufwand getrieben und seine Leistungskapazität gebunden haben. Manche Vertreter dieser Theorie beschränken ihre Anwendung auf Fälle, in denen die Person des Nachfragers unmittelbar von der Störung betroffen wird.²⁹² Beispiel: Der Schüler, der Privatunterricht über die Ferien hinweg genommen hat, erkrankt die ganze Ferienzeit. Andere setzen das „Auswirkungs“-Element bei Hindernissen ein, die sich auf das Leistungssubstrat auswirken, das der Gläubiger bereitzustellen hat und an oder mit dem die Leistung erbracht werden soll.²⁹³ Beispiel: Das zu renovierende Bild wird durch Kriegseinwirkungen zerstört. Dritte klammern davon wieder Störungen aus, die dem Schuldner auch die Befriedigung der Bedürfnisse anderer potentieller Gläubiger unmöglich gemacht hätten.²⁹⁴

So überzeugend das „Auswirkungs“-Element auf den ersten Blick erscheint, so fragwürdig wird es bei näherer Untersuchung der ihm zugrunde liegenden Wertungen.²⁹⁵

²⁹¹ Vgl. Larenz, SchR I, 10. Aufl., S. 285; 11. Aufl., S. 257; Trautmann, Gruch 59, 451 ff.; Kohler, ArchBürgR 13, 200 ff, 254, 259; Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, S. 149; Oertmann, AcP 116, 24 ff; Annahmeverzug neben der Unmöglichkeit: Boer, Gruch 54, 504 ff.

²⁹² Kohler, ArchBürgR 13, 200, 255, 261; Larenz, SchR I, S. 285; Oertmann, AcP 116, 29 ff.

²⁹³ Crome, System aaO, S. 149; Trautmann, Gruch 59, 434, 451 ff.

²⁹⁴ Oertmann, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, S. 170; Titze, Unmöglichkeit und Ungewißheit, S. 24 ff; Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch zum gesamten Handelsrecht, Bd. V 1, S. 199.

²⁹⁵ Vgl. Heck, SchR, S. 117.

Der bloße Umstand, daß das Ereignis, das die Leistung unmöglich und damit den Aufwand des Schuldners sinnlos werden läßt, zunächst den Gläubiger und erst hinterher den Schuldner trifft, erlaubt lediglich die Aussage, der Gläubiger sei „näher dran“, ²⁹⁶ das Risiko der Primärzweckstörung auf sich zu nehmen. Eine solche Begründung basiert jedoch mehr auf einem undeutlichen ²⁹⁷ Rechtsgefühl ²⁹⁸, denn auf rational nachvollziehbaren Zusammenhängen. ²⁹⁹ Die das „Auswirkungs“-Kriterium tragende Wertung wird auch dadurch nicht plausibler, daß man in Anlehnung an die §§ 293 ff BGB argumentiert, der Schuldner müsse gegen Zufälligkeiten geschützt werden, die „in der Person oder in dem Rechtskreis des Gläubigers ihren Grund haben“, ³⁰⁰ solange nicht gesagt ist, warum dem Gläubiger gerade das Risiko zuzurechnen ist, das sich in seiner Sphäre ausgewirkt hat. Allein ein etwaiger Beherrschbarkeitsvorsprung des Gläubigers bei Risiken, die sich in seinem Bereich zuerst bemerkbar machen, vermag die Rechtfertigung nicht zu liefern, da dem Gläubiger das Risiko, das sich zuerst in seiner Sphäre realisiert, auch dann aufgebürdet werden soll, wenn es gänzlich unvorhersehbar und unbeherrschbar war.

Immerhin könnte man auf die Nähe zum Prinzip des „casum sentit dominus“ ³⁰¹ hinweisen. Dieses in seinem Gerechtigkeitsgehalt recht angreifbare ³⁰² Prinzip mag bei außervertraglichen Risiken gute Dienste leisten, wo im Falle eines Schadens Rechtsinhaberschaft und gestörte Nutzung bei derselben Person liegen. Im Rahmen der auf Wertbewegung angelegten Austauschverträge ist es jedoch unbrauchbar, weil sich nicht so einfach bestimmen läßt, welche der Parteien der „dominus“ ist. Ist es bei der Primärzweckstörung der Gläubiger des Entgeltanspruches oder der Sachleistungsgläubiger in seinem Organisationsbereich? Da beide Vertragspartner aus derselben Leistung ihren Nutzen ziehen wollen, bedarf es, wie schon Wächter ³⁰³ nachgewiesen hat, einer zusätzlichen Wertung, anhand derer festgestellt werden kann, wer als „dominus“ zu gelten hat. ³⁰⁴

²⁹⁶ BGH, NJW 73, 319.

²⁹⁷ Vgl. Trautmann, Gruch, 59, 459; Weyers, Unfallschäden aaO, S. 485 f.

²⁹⁸ Vgl. Boer, Gruch 54, 504; vgl. ferner Oertmann, AcP 116, 22; Heck, SchR, S. 117; Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts, S. 40, der den Sphärengedanken einen Haftungsgrund nennt, der im Irrationalen wurzele. Vgl. dagegen Tomandl, AcP 164, 203 f; Mayer-Maly/Nipperdey, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, S. 8, die die „Sphäre“ als die Summe aller zurechenbaren Risiken qualifizieren.

²⁹⁹ Vgl. Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch aaO, Bd. V 1, S. 193 f, wo er von „Billigkeitsgrund“ spricht.

³⁰⁰ Boer, Gruch 54, 515; ebenso Crome, System aaO, II, S. 149 Anm. 31. Vgl. auch Flume, AT, S. 513 zum „Bereich“ des Dienstberechtigten.

³⁰¹ Hierauf will sich v. Schenck, Der Begriff der „Sphäre“ in der Rechtswissenschaft, S. 377, stützen. Vgl. auch Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, Bd. II, S. 200.

³⁰² Vgl. Weyers, Unfallschäden aaO, S. 486 ff.

³⁰³ Wächter, AcP 15 (1832), 117 ff.

³⁰⁴ Vgl. auch Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzug, S. 166 Fn. 386; unzutreffend Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, S. 200 f, der bezeichnenderweise eine Ausnahme für die Fälle der Gemeingefahr machen muß.

Die weitgehende materielle Inhaltslosigkeit des „Auswirkungs“-Elementes erhel-
len plastisch die Streitigkeiten, die sich an seine Konkretisierung knüpfen. So wird
von manchen Vertretern der „Auswirkungs“-Theorie ihr Geltungsbereich auf Stö-
rungen „in der Person“ beschränkt;³⁰⁵ andere wollen die Tatsache, daß sich die
Störung zunächst im Bereich des Gläubigers niedergeschlagen hat, ignorieren und
bei der Rechtsfolge des § 323 I BGB stehenbleiben, falls die Störung alle potentiellen
Kunden des Schuldners getroffen hat.³⁰⁶ Larenz³⁰⁷ vertritt wiederum die Ansicht,
daß nur die Fälle, in denen die Leistung unmöglich wird, weil die Mitwirkung des
Gläubigers ausbleibe, den von § 324 II BGB erfaßten Leistungsstörungen gleichzu-
stellen seien. Das zeitliche Miteinander von Störung und Unmöglichwerden müsse
dann wie das zeitliche Nacheinander behandelt werden, in dem auf den Gläubiger-
verzug erst eine Leistungsverzögerung und anschließend die Unmöglichkeit folge.
Davon nimmt er aber die Fälle aus, in denen die Unmöglichkeit auf einer Zerstörung
des dem Gläubiger gehörenden Objektes, an dem die Leistung erbracht werden soll,
beruht und das Leistungssubstrat durch höhere Gewalt zerstört wurde. Der Gläubi-
ger ist nun in beiden Fallgruppen im Vergleich zum Schuldner zweifellos „näher
dran“. Larenz zieht sich daher, um das angestrebte Ergebnis abzusichern, auf das
Argument zurück, der Schuldner solle bei einem Ausbleiben der planungsgemäßen
Mitwirkungshandlung nicht fragen müssen, ob der Gläubiger seinen Beitrag nicht
erbringen will oder kann.³⁰⁸ Damit gerät Larenz unversehens in die Nähe des Be-
herrschbarkeitsgedankens. Wenn man nämlich den Schuldner nicht mit den Bewei-
sen des Gläubigers konfrontieren will, daß er seine Mitwirkung trotz aller denkba-
ren Anstrengungen nicht gewährleisten konnte, so ist das nur sinnvoll, falls man die
ratio des „Auswirkungs“-Elementes in der Handlungsfreiheit und in den besonde-
ren Einwirkungsmöglichkeiten des Gläubigers auf die seine Tätigkeit bedrohenden
Gefahren sieht. Das steht jedoch im Widerspruch zur „Auswirkungs“-Theorie,
derzufolge der Gläubiger das Risiko auch dann auf sich zu nehmen hat, wenn seine
Mitwirkung infolge eines unbeherrschbaren Eingriffs hoheitlicher Gewalt ausge-
blieben ist. In einem solchen Fall, in dem Beweisprobleme über die Frage, ob der
Gläubiger nicht tätig werden konnte oder wollte, mit Gewißheit nicht auftau-
chen,³⁰⁹ müßte man an sich den Gläubiger vom Risiko befreien. Diese Konsequenz
wird von Larenz jedoch abgelehnt.

Die gleiche Unsicherheit ist bei der Begründung der im Ergebnis zutreffenden
These zu bemerken, daß der Gedanke des „näher dran“ nicht zum Tragen kommen
solle, falls die Störung durch ein allgemein nicht behebbares Leistungshindernis

³⁰⁵ Larenz, SchR I, 10. Aufl., S. 285, anders 11. Aufl., S. 255 ff; Oertmann, AcP 116, 33; vgl.
ferner Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 242.

³⁰⁶ LAG Hamburg, MDR 1948, 11; Schmidt-Rimpler, Ehrenbergs Handbuch, Bd. V 1. Abt.
1. Lief. S. 199 f; Oertmann, Arbeitsvertragsrecht aaO, S. 170; Titzte, JW 22, 551; Jorns, Das
Betriebsrisiko aaO, S. 23, 140 m. w. .Nachw.

³⁰⁷ Larenz, SchR I, 10. Aufl., S. 285 (anders 11. Aufl., S. 255 ff).

³⁰⁸ Larenz, SchR I, 10. Aufl., S. 286.

³⁰⁹ Vgl. Exner, GrünhZ 10, 536 ff.

hervorgehoben worden war. So wird zum Beispiel in dem Fall, daß die Unmöglichkeit einer Dienstleistung nicht aus den besonderen Verhältnissen des Gläubigers, sondern aus einer Störung der gesamten Branche resultiert, gar nicht erst versucht, diese Einschränkung aus der Wertung des „näher dran“ abzuleiten. Man zieht vielmehr eine Parallele zum Unterschied zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen,³¹⁰ die indessen unhaltbar ist. Das ist weniger eine Folge der Höchstpersönlichkeit aller Bedürfnisse,³¹¹ die der Schuldner befriedigen soll. Sie läßt zwar eine Konstellation des Unvermögens als undenkbar erscheinen. Entscheidend ist aber, daß das an das Unvermögen geknüpfte Erlöschen der Schuld den Schuldner von dem erhöhten Risiko entlasten soll, Schadensersatz bezahlen zu müssen, weil er die Leistung infolge persönlicher Leistungsschwäche nicht „in natura“ zu erbringen vermag.³¹² Die Gefahr einer sprunghaften, schwer kalkulierbaren Erhöhung des Aufwandes ist aber typischerweise nur beim Unvermögen des Schuldners, seine Verpflichtung zu erfüllen, zu erwarten. Bei Primärzweckstörungen entsteht hingegen dieses Risiko nicht, da sich der Gläubiger nur mit der Gefahr konfrontiert sieht, eine fest umrissene Vergütung ohne entsprechende Gegenleistung entrichten zu müssen.³¹³ Die an sich sachgerechte Zurechnung der Primärzweckstörung an den Schuldner, falls sich die Störung zwar zunächst in der Person des Gläubigers oder auch nur in seinem Bereich ausgewirkt hat, aber zugleich die Leistung an alle anderen potentiellen Kunden des Schuldners vereitelt hätte, läßt sich nur einsichtig machen, wenn man das bloße Element des „näher dran“ oder der „Sphäre“ durch ein überzeugenderes Risikozurechnungsprinzip ersetzt.

Die gravierendste Schwäche des Auswirkungskriteriums liegt darin, daß es sich als Zurechnungselement allenfalls im Rahmen der Primärzweckstörungen verwenden läßt, obwohl es von seinem Ansatz her umfassend ist. Wollte man nämlich dem Gedanken des bloßen „näher dran“ auch bei der Verteilung von Leistungserschwerungsrisiken Rechnung tragen, so müßte der Schuldner, dessen Kosten durch ein ganz außergewöhnliches, „von außen“ kommendes Ereignis ungeheuer gestiegen sind, an seinem Versprechen festgehalten werden. Entlastet man ihn gleichwohl von seinem Versprechen, so heißt das, daß allein dem „näher dran sein“ doch nicht die Bedeutung zukommt, die ihm häufig zuerkannt wird. Es bedarf also noch zusätzlicher Wertungen, aus denen sich ergibt, warum die „Auswirkung“ bei Primärzweckstörungen, nicht aber bei Leistungserschwerungen maßgeblich ist. Die „Auswirkungs“-Theorien in ihrer Ausrichtung auf die bloße Nähe der Störung liefern diese Wertung nicht, da sie den Gehalt des Auswirkungskriteriums nicht hinterfragt bzw. mit zusätzlichen Wertungselementen aufgefüllt haben.

³¹⁰ Oertmann, Arbeitsvertragsrecht, S. 170; Titze, Unmöglichkeit und Ungewißheit, S. 24 ff.

³¹¹ So aber Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 238, 240; vgl. auch die Kritik Köhlers, Unmöglichkeit aaO, S. 20; vgl. ferner Trautmann, Gruch 59, 459.

³¹² Siehe S. 239 f.

³¹³ Bei der Vergütungsgefahr kann eine sprunghafte Erhöhung des Gefahrenumfanges infolge einer Steigerung der potentiellen Schäden nicht eintreten. Oertmann, AcP 116, 32 f.

cc) Das „Ursprungs-Kriterium“

Im Vergleich zum „Auswirkungs“-Element läßt sich der am „Ursprung“ der Störung orientierte Zurechnungsgedanke rational leichter fassen.

Das „Ursprungs“-Element weist den Vertragsparteien in erster Linie diejenigen Störungen zu, die aus ihren jeweiligen persönlichen oder betrieblichen Organisationsbereichen stammen. So formuliert Larenz³¹⁴ in Anlehnung an Oertmann,³¹⁵ der Schuldner hafte *bei anfänglichem Unvermögen* für die Zulänglichkeit des eigenen Geschäftskreises, nicht aber auch für Umstände, die darin nicht ihren Urgrund haben.³¹⁶ Auf dieselbe Grundidee geht auch die von ihm vorgeschlagene *Restriktion des § 279 BGB* zurück. Der Schuldner habe ein Unvermögen nicht zu vertreten, sofern es auf Umständen beruhe, die mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners nichts zu tun haben, weil sie wie z. B. Kriegseinwirkungen, behördliche Eingriffe, Naturkatastrophen seinem Einfluß völlig entzogen sind.³¹⁷

Kraft des „Ursprungs“-Prinzips werden den Vertragspartnern aber auch Leistungerschwerungen, Schadensrisiken sowie Zweckstörungen zugerechnet, die nicht unmittelbar der Sphäre der betroffenen Partei entspringen, sondern deren Quelle in der neutralen Sphäre liegt.³¹⁸ Zu denken ist beispielsweise an hoheitliche Importrestriktionen, Wind und Wetter bei der Erstellung eines Bauwerks oder kriegerische Ereignisse. Streitig ist lediglich, in welchem Umfang solche „von außen“ kommende Störungen den sphäreneigenen Gefahren gleichgestellt werden sollen. Der BGH³¹⁹ hat sich hier nicht festgelegt, sondern sich die Möglichkeit von Billigkeitsentscheidungen mit Hilfe des Zumutbarkeitsprinzips offengehalten. In der Regel wird aber die Tragweite des „Ursprungs“-Kriteriums am Gedanken der Beherrschbarkeit bzw. der Streubarkeit eines Risikos gemessen.

Allerdings hat sich noch keine Einigkeit über die Konturen des vom Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip geformten Ursprungselementes erzielen lassen. Manche halten nur die Beherrschbarkeit für relevant und wollen daher der Partei über die aus ihrer Sphäre kommenden Störungen hinaus auch solche „von außen“ drohenden Gefahren zurechnen, die abwendbar³²⁰ sind.³²¹ Andere erweitern den

³¹⁴ Larenz, SchR I, S. 90f.

³¹⁵ Oertmann, AcP 140, 148f.

³¹⁶ So auch Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 88f, 136f, 140, 211 ff im Rahmen der anfänglichen objektiven und subjektiven Unmöglichkeit sowie der Primär- und Sekundärzweckstörung; ähnlich Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, S. 200ff; Rabel, Warenkauf Bd. I, S. 343; Fikentscher, SchR, S. 195f; Erman, JZ 65, 657ff; A. Blomeyer, SchR, S. 233; in Hinblick auf den Annahmeverzug Esser-Schmidt, SchR I 1, 5. Aufl., S. 260; vgl. ferner BGH, WM 56, 355; 61, 1189; P. Ulmer, AcP 174 (1974), 167ff.

³¹⁷ Larenz, SchR I, S. 259; im Ergebnis ebenso Ballerstedt, Festschrift Nipperdey (1955), S. 274.

³¹⁸ Einschränkung auch bei „Innenmängeln“ Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 243; BGH, WM 61, 1189.

³¹⁹ BGH, WM 61, 1189.

³²⁰ Vgl. Larenz, SchR I, S. 90f, 259; Erman, JZ 65, 658f; Oertmann, AcP 140, 148; Siebert, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft, S. 126; Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 370; in Anklängen auch Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 243.

³²¹ Vgl. RAG, ARS 3, 122; 5, 34; 5, 38; weitere Nachw. bei Jorns, Betriebsrisiko aaO, S. 26.

Kreis der zurechenbaren Störungen, indem sie auf ihre Vorhersehbarkeit und Kalkulierbarkeit abheben.³²² Kegel³²³ schließlich postuliert, daß eine Risikoentlastung bei „von außen“ einbrechenden Ereignissen nur möglich sei, falls die durch sie verursachte Störung gleichzeitig viele Personen wahllos treffe. Man sei nämlich bei Blitzschlag und überhaupt bei Wind und Wetter gewohnt, „solche Störungen als im Bereich des Betroffenen gelegen zu empfinden“, soweit sie nicht als Naturkatastrophen auftreten.

Ein der Beherrschbarkeits- und Absorptionsidee³²⁴ verpflichtetes „Ursprungs“-Element bringt sicherlich einen sachlichen Fortschritt. Nicht nur erscheint der Gedanke, daß diejenige Vertragspartei die Risiken auf sich zu nehmen habe, die sie am besten beherrschen oder jedenfalls ihre Folgen absorbieren kann, in seiner Sachgerechtigkeit sehr plausibel, da er an den arbeitsteiligen Austausch als einem steuerungsbedürftigen und steuerungsfähigen Prozeß anknüpft.³²⁵ Er stellt auch, anders als das Verschuldensprinzip, dem Ziel, in einer vom Wettbewerb gelenkten Wirtschaft die produktiven Kräfte voll auszunutzen, kein Hindernis in den Weg;³²⁶ denn er zwingt die Parteien zur Kontrolle all der Faktoren, die als vom Menschen steuerbar anzusehen sind.

So einleuchtend das „Ursprungs“-Element in seinen Grundzügen ist, so wenig vermögen der ihm zugedachte Einsatzbereich und seine Konkretisierung zu überzeugen, die nicht umsonst in wesentlichen Punkten umstritten sind.

Diese Schwächen des „Ursprungs“-Elementes in seiner bisherigen Ausformung sollen im folgenden kurz anhand des Beitrages beleuchtet werden, den es zur Risikoverteilung bei anfänglichem Unvermögen, Leistungsschwerungen bei Gattungsschulden, Primärzweckstörungen sowie im Rahmen der Geschäftsgrundlagen-Problematik geleistet hat.

In den Fällen des anfänglichen Unvermögens will Larenz³²⁷ den Schuldner entlasten, wenn der Grund für das Unvermögen *außerhalb des „eigenen Geschäftskreises“* des Schuldners gelegen ist. Das sei beispielsweise dort zu bejahen, wo das Unvermögen durch den Eingriff eines Dritten, den der Schuldner auch bei Anwendung verkehrsgemäßer Sorgfalt nicht zu verhindern vermochte, oder durch Umstände „höherer Gewalt“ verursacht worden ist.

Es erscheint jedoch als recht fraglich, ob es überhaupt auf die Beherrschbarkeit im Hinblick auf die Abwendbarkeit von Störungen ankommt, die vor Vertragsschluß der Leistungserbringung drohten und im Moment des Vertragsschlusses den Schuldner zur Leistung außerstande gesetzt haben. Beim anfänglichen Unvermögen

³²² Ballerstedt, Festschrift Nipperdey (1955), S. 274; im Ergebnis ebenso Flume, AT, S. 509; A. Blomeyer, SchR, S. 146, 215; vgl. ferner BAG, AP 15, 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

³²³ Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, Bd. II, S. 201.

³²⁴ Zu diesem Begriff näher unten S. 89 ff.

³²⁵ Hierin liegt die von Heck, SchR, S. 117, vermißte Wertung.

³²⁶ Vgl. Trimarchi, ZHR 136, 127 ff.; ähnlich schon Müller-Erzbach, AcP 106; 413 ff.; näher dazu S. 78 ff.

³²⁷ Larenz, SchR I, S. 90 f.

kommt es für die reibungslose Abwicklung des Austausches gar nicht darauf an, daß der Schuldner seine Leistungsfähigkeit sicherstellt, bevor es überhaupt zum Vertragsschluß gekommen ist. Der Gläubiger ist vielmehr nur daran interessiert, daß der Schuldner im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über den aktuellen Stand seiner Leistungsfähigkeit voll informiert ist; denn ein Schuldner, der erfährt, daß sein Planungsdatum „derzeitige Leistungsfähigkeit“³²⁸ unrichtig geworden ist, wird sofort vom Vertragsschluß Abstand nehmen und die Schaffung eines Vertrauenstatbestandes verhindern können, selbst wenn ihm seine Leistungsfähigkeit durch höhere Gewalt geraubt worden ist. Es liegt daher nahe, das „Ursprungs“-Element und damit die Beherrschbarkeit des Risikos auf die *Erkennbarkeit* von Leistungsschwächen zu beziehen, die bei Vertragsschluß schon existieren.

Schwierigere Probleme wirft das „Ursprungs“-Element dort auf, wo es darum geht, seine Konturen bei Störungen zu fixieren, die aus der *neutralen* Sphäre stammen. Die Literatur hat hierzu eine ganze Palette von Lösungsmöglichkeiten angeboten.

Während Larenz³²⁹ beim anfänglichen Unvermögen und bei der Restriktion des § 279 BGB dazu neigt, den Umfang von Abwehr- und Vorsorgeanstrengungen an den verkehrserforderlichen Sorgfaltsanforderungen³³⁰ zu messen, legen andere das Schwergewicht auf die Vorhersehbarkeit der Störungen in den Abstufungen „verkehrsunüblich“,³³¹ „womit die Parteien nicht zu rechnen brauchten“³³² und „außergewöhnlich“.³³³ In die Richtung auf die „Außergewöhnlichkeit“ einer Gefahr zielt wohl letztlich auch Kegel,³³⁴ wenn er fordert, die Gefahr müsse viele hart und wahllos treffen. Nun ist es sicherlich – beispielsweise bei Gattungsschulden – wenig angebracht, ausschließlich auf die Vorsorgemöglichkeiten oder eine Abwendbarkeit der Gefahr abzustellen, zumal wenn man dies mit dem Verschuldensprinzip koppelt. Wenn man nämlich dem Schuldner entgegenhalten will, er habe im konkreten Fall Vorsorge treffen können, so muß man auch sagen, in welchem Umfang er für die Vorsorge hätte Mittel bereitstellen sollen. Sonst käme man zum Ergebnis, daß man dem aus einem langfristigen Liefervertrag verpflichteten Schuldner den Einwand plötzlicher kriegsbedingter Kostenerhöhungen mit dem Argument abschneiden müßte, er hätte eben einen Mehrjahresbedarf auf Lager nehmen sollen.

Das Verschuldensprinzip ist hierzu nicht geeignet, da es eine optimale Bewälti-

³²⁸ *Fikentscher*, SchR, S. 195f; v. *Caemmerer*, NJW 56, 569; *Wilburg*, Elemente aaO, S. 143; im Ansatz auch *Oertmann*, AcP 140, 149.

³²⁹ *Larenz*, SchR I, S. 91; so wohl auch *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 137f, bes. S. 140; ähnlicher Ansatz: BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

³³⁰ *Müller-Erzbach*, AcP 106, 416 zieht die Grenze bei höherer Gewalt. Ebenso *Fikentscher*, SchR, S. 195f; wohl auch *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 243.

³³¹ *A. Blomeyer*, SchR, S. 145, 215.

³³² *Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 274; *Rabel*, Warenkauf I, S. 343; *A. Blomeyer*, SchR, S. 146.

³³³ *Flume*, AT, S. 509; *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 370; BAG, AP 1, 15, 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

³³⁴ *Kegel*, Verhandlungen des 40. DJT, S. 200, vgl. aber auch S. 203.

gung von Leistungerschwerungsrisiken schwächt. Auf dem richtigen Weg befinden sich daher nur die Lösungen, die auf die Vorhersehbarkeit einer Störung abheben und es dem Schuldner überlassen, wie er das Risiko in seiner Kalkulation bewerten und wie er sonst darauf reagieren will. Allerdings haben sie es bislang versäumt, auf die Frage nach dem Maßstab der Vorhersehbarkeit rechtspolitisch und rechtsdogmatisch abgesicherte Antworten zu geben.

Völlig ungeklärt ist der Anwendungsbereich des am Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken ausgerichteten „Ursprungs“-Elementes. Es stellt sich nämlich die Frage, ob man es nur zur Zuordnung von Leistungerschwerungsrisiken oder aber auch zur Verteilung der Preisgefahr bei einer Primär- bzw. Sekundärzweckstörung einsetzen darf.

Beuthien³³⁵ hat hierzu die Ansicht vertreten, daß das Risiko von Primär- und Sekundärzweckstörungen derjenigen Vertragspartei zuzurechnen sei, aus deren Sphäre das die Planung zunichte machende Ereignis komme. Da er aber den Gläubiger nicht von jeder unvorhersehbaren, dem neutralen Bereich entspringenden und evident unbeherrschbaren Gefahr entlasten will, sieht er sich gezwungen, den Kreis der Risiken, die dem Gläubiger aufzuerlegen sind, zu erweitern. Seiner Meinung zufolge gehören der Risikosphäre des Gläubigers auch „von außen“ kommende, der Ursache nach unbeherrschbare Schäden an, die „so unmittelbar mit der Person oder den privaten bzw. wirtschaftlich-beruflichen Lebensbeziehungen des Gläubigers zusammenhängen, daß sie bei wertender Betrachtung als allein ‚sein Schicksal‘ erscheinen“.³³⁶

Dieser Formel mangelt nahezu jeglicher Aussagegehalt.³³⁷ Vor allem aber läßt die Verwendung dieser Formel den Verdacht entstehen, daß der „Ursprungs“-Gedanke bei der Verwendung von Zweckstörungsrisiken keine sehr bedeutende Rolle spielt, da er durch zusätzliche Wertungen ergänzt werden muß, deren Gehalt weitgehend im Dunklen bleibt. Erst wenn Inhalt und Gewicht dieser zusätzlichen Wertungen eruiert sind, läßt sich der Stellenwert und die materielle Berechtigung des „Ursprungs“-Elementes so genau bestimmen, daß es zur Verteilung von Risiken sachgerecht eingesetzt werden kann.

Bislang sind in dieser Richtung noch keine plausiblen Vorschläge gemacht worden, wie auch die Ausführungen Ulmers zur Figur der Geschäftsgrundlage zeigen. Ulmer kennzeichnet das Geschäftsgrundlagen-Institut als Mittel zur Ausfüllung einer vertraglichen Risikolücke. Diese Lücke entstehe grundsätzlich dann, wenn eine unvermeidbare und unvorhergesehene, „von außen“ kommende Störung wirksam werde.³³⁸ Ulmer knüpft somit im Ergebnis an das „Ursprungs“-Element an. Diesen Ausgangspunkt relativiert er jedoch wiederum im Rahmen der Rechtsfolgen;^{338a} denn die Vertragsanpassung soll in einer richterlichen Interessenabwägung

³³⁵ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 88.

³³⁶ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 88; zustimmend Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 218.

³³⁷ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 114.

³³⁸ P. Ulmer, AcP 174 (1974), 183, 185 ff.

^{338a} Ähnlich im Ansatz Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 369 f.

erfolgen, bei der nicht nur der Zumutbarkeitsaspekt zu berücksichtigen ist, sondern auch darüber zu entscheiden ist, ob der Vertrag überhaupt anzupassen ist: Die Anpassung soll mit anderen Worten von 0 bis 100 Prozent, d. h. vom unveränderten Festhalten am Verträge bis zur Vertragsaufhebung reichen^{338b} können. In dem Falle etwa, daß ein Bauunternehmer in Erwartung eines größeren öffentlichen Bauauftrages Baumaschinen fest bestellt hat und die Baumaßnahme unvorhersehbar aufgrund einer Anordnung im Rahmen von § 6 I StabG zurückgestellt wird, reiche dieser Umstand allein nicht aus, die Befreiung des Vertragspartners von solchen nur mittelbar betroffenen Bindungen herbeizuführen.³³⁹

Die Risikoverteilung auf der Basis von Zurechnungselementen wird mithin nicht konsequent durchgehalten. Das „Ursprungs“-Element wird lediglich als Aufgreifkriterium verwandt, das Schwergewicht der Risikoverteilungsproblematik aber auf allgemeine Billigkeitserwägungen verlagert.

dd) Die „Veranlassungs“-Theorien

Das für die Ergänzung des Ursprungs-Elementes erforderliche Zurechnungsprinzip könnte in dem Veranlassungsgedanken gefunden werden. Er basiert auf der vom Standpunkt der Arbeitsteilung einleuchtenden Beobachtung, daß der Gläubiger den Schuldner mit dem Vertragsschluß zu Investitionen und damit zu Risiken veranlaßt, die er selbst gelaufen wäre, wenn er seinen Bedarf hätte selbst decken wollen.

Die Idee, diese Form der Veranlassung als Grundlage eines Risikozurechnungsprinzips zu verwenden, ist bislang mehrfach angeklungen.

Lehmann³⁴⁰ führte im Rahmen der Primärzweckstörungsproblematik den Veranlassungsgedanken mit dem Argument ein, „wer durch seine Erklärung zu einer mit Aufwendungen verbundenen Tätigkeit des Antragsempfängers Anlaß gegeben hat, muß diesem, wenn er sich später auf das Erlöschen des Schuldverhältnisses infolge von Unmöglichkeit beruft, den Vertrauensschaden ersetzen, § 122 BGB“. Ergänzend stützt sich Lehmann auf eine Analogie zu den §§ 667, 683 BGB.

Beuthien³⁴¹ ist sicherlich in seiner Kritik beizupflichten, daß die §§ 122, 667, 683 BGB nichts zur Lösung der mit den Zweckstörungen verbundenen Fragen beizutragen vermögen. Die §§ 667, 683 BGB enthalten nämlich nur eine Regelung für unentgeltliche Verträge; bei ihnen ist es selbstverständlich, daß der Auftragnehmer vom Aufwandsrisiko entlastet wird. Der § 122 BGB andererseits knüpft daran an, daß einer der Vertragspartner eine fehlerhafte Erklärung abgegeben hat.³⁴²

Diese Kritik vermag aber den richtigen Ansatz, den Lehmann gefunden hat, nicht in Frage zu stellen. Man muß sich nur davor hüten, den Veranlassungsgedanken

^{338b} P. Ulmer, AcP 174 (1974), 184 f.

³³⁹ P. Ulmer, AcP 174 (1974), 199.

³⁴⁰ Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 307 m. weit. Nachw. aus der neueren Literatur; A. Blo-meyer, SchR, S. 251 beschränkt auf Fälle der Zweckerreichung; zweifelnd Wieacker, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 808.

³⁴¹ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 92 ff; zustimmend Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 224.

³⁴² Canaris, Vertrauenshaftung aaO, S. 532 ff; bes. S. 537.

allzuweit auszudehnen, wie dies Köhler getan hat. In der Formulierung Köhlers, der mit seiner Hilfe das Geschäftsgrundlagen-Institut schärfer fassen will, hat derjenige, der „einen Nutzen aus einem bestimmten Umstand, sei es aus der Tätigkeit eines anderen, sei es aus einer bestimmten Sachlage zieht, ... auch das mit diesem Umstand verbundene Risiko zu tragen“.³⁴³ Danach müßte nahezu jedes Risiko einer Leistungerschwerung dem Gläubiger zugerechnet werden. Der Bauherr beispielsweise hätte immer die vom Bauunternehmer nicht eingeplanten Tariflohnerhöhungen oder Materialpreissteigerungen auf sich zu nehmen; denn daß der Besteller aus der Tätigkeit des Unternehmers regelmäßig einen Nutzen zieht, kann nicht fraglich sein. Umgekehrt darf auch der Käufer eines größeren Postens Mineralöls die Senkung des Preises verlangen, wenn sich die Knappheitseinschätzung auf dem Markt zur Zeit des Vertragsschlusses als falsch erweist, weil sich die Nachfrager im Verbrauch zurückhalten. Hier hat der Verkäufer aus der hohen Knappheitsprognose der Marktteilnehmer seinen Nutzen gezogen. Er müßte demnach auch das damit verbundene Risiko auf sich nehmen.

Selbst wenn man den Veranlassungsgedanken auf den Kernbereich arbeitsteiliger Veranlassung, d.h. auf die Veranlassung von Kostenrisiken beschränkt, die der Leistungsempfänger mit Gewißheit gelaufen wäre, falls er versucht hätte, seinen Bedarf selbst zu decken, ist er nur begrenzt brauchbar. Man muß nämlich seinen Einflußbereich mit Hilfe zusätzlicher Risikozurechnungselemente einengen. Andernfalls würde ein diametraler Widerspruch zur Vertragsfunktion im marktwirtschaftlichen System nicht zu vermeiden sein, in dem das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eigenverantwortlich ex ante vereinbart wird und nicht ex post nach den konkret entstandenen Kosten festgelegt wird.

Ein erster, obgleich noch unvollkommener Schritt in die Richtung auf ein Zusammenspiel von Veranlassungsgedanke und anderen Zurechnungsgründen wurde zur dogmatischen Erklärung des Instituts der *gefahrengeneigten Arbeit* und der Verteilung des Risikos von Schäden an Sachen, die dem Arbeitnehmer gehören, getan. In der neueren Literatur ist immer häufiger der Gedanke aufgetaucht, diese Fälle einer Schadensersatzpflicht, die aus der Sicht des Betroffenen den Schuldner ebenfalls mit einem nicht eingeplanten Aufwand belasten – und die daher in Parallele zur normalen Aufwandserhöhung gestellt werden müssen –, nicht in brüchigen Analogien zu § 670 BGB,³⁴⁴ mit Hilfe von modifizierten Fahrlässigkeitsbegriffen³⁴⁵ oder einer grenzenlosen³⁴⁶ „Fürsorgepflicht“³⁴⁷ zu lösen,³⁴⁸ sondern die Durchbrechung der

³⁴³ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 152 ff, bes. S. 154; ihm folgt *Emmerich*, in: Grundlagen aaO, S. 460.

³⁴⁴ BAGE, 12, 24 ff „Ameisensäure“.

³⁴⁵ *Scheuerle*, RdA 58, 253.

³⁴⁶ *Richardi*, in: Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, S. 55 ff, 61 ff m. w. Nachw.

³⁴⁷ Nachweise bei *Canaris*, RdA 66, 44 Fn. 51 und *Gamillscheg/Hanau*, Haftung des Arbeitnehmers, S. 7 ff.

³⁴⁸ Vgl. die zusammenfassende Darstellung der verschiedenen Lösungsansätze bei *Canaris*, RdA 66, 44 f.

ursprünglichen gesetzgeberischen Konzeption der Risikofolgenverteilung als Erscheinungsform der Risikozurechnung bei einer Tätigkeit im fremden Interesse zu begreifen. Die Vertreter dieser Theorie³⁴⁹ betonen gemeinsam, daß der Unternehmer die Arbeitnehmer in seinem Interesse, für seine Zwecke beschäftige, sie also im Rahmen der arbeitsteiligen Befriedigung seiner Bedürfnisse zum Eingehen von Risiken veranlasse, sei es, daß sie die ihnen gehörenden Sachen den Gefahren des Arbeitsprozesses exponieren, sei es, daß sie sich in die Gefahr begeben, als schuldhaft handelnde Verursacher von Schäden zum Ersatz herangezogen zu werden.

Damit ist fraglos ein dogmatischer Fortschritt erzielt worden. Es erhebt sich nur die Frage, welche zusätzlichen Risikozurechnungsgründe man einführen muß, um zu verhindern, daß bei *parallel* gelagerten Konstellationen *außerhalb* von Arbeitsverträgen der Gläubiger ebenfalls mit dem Schadensrisiko belastet wird. Die Literatur weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß der Unternehmer die Gefahrenquelle schaffe, der sich der Arbeitnehmer bei der Leistungserbringung aussetzen müsse. Die Gefährlichkeit der Tätigkeit des Arbeitnehmers resultiere nicht bloß aus der *typischen Schadensneigung* bei bestimmten Beschäftigungsarten, bei der Bearbeitung gewisser Arbeitssubstrate, sondern sei mit dem gewöhnlichen Ablauf der Arbeit untrennbar verbunden. Die Monotonie der Tätigkeit mit ihrer Gewöhnung an die Gefahr, aber auch das Leistungstempo, das eine Tätigkeit in Ruhe und Muße nicht zulasse, erzeuge vielfach Drucksituationen, die Schäden provozierten.³⁵⁰ Der Arbeitgeber könne diese Gefahren auch leichter beherrschen als der Arbeitnehmer, für den sie unausweichlich seien.³⁵¹ Der Unternehmer organisiere den betrieblichen Arbeitsablauf und bestimme das Arbeitstempo.³⁵² Endlich könne der Arbeitgeber die Risikofolgen besser auffangen. Vielfach sei der Unternehmer eher in der Lage, zur Absicherung der aus dem Produktionsprozeß drohenden Schäden Versicherungen abzuschließen.³⁵³ Jedenfalls könne der Arbeitgeber auf seine Rücklagen zurückgreifen und die Kosten der Rücklagenbildung und Versicherungsprämien durch entsprechende Preisgestaltung auf die Schultern seiner Abnehmer abwälzen.³⁵⁴

Diese Argumente vermögen indessen die Sonderstellung der arbeitsrechtlichen Risikoverteilung nicht überzeugend zu begründen. Es bleibt nämlich völlig unklar, warum den Beherrschungsmöglichkeiten des Arbeitgebers gerade bei Arbeitsver-

³⁴⁹ *Canaris*, RdA 66, 45 ff; *A. Huber*, Haftung des Geschäftsherrn für schuldlos erlittene Schäden des Geschäftsführers beim Auftrag und bei der GoA, S. 52 ff, 70 ff; *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 46; *Richardi*, ZfA 74, 21 jeweils mit w. Nachw. Aus der jüngeren Zeit: *Genius*, AcP 173 (1973), 523; *Hübner*, Schadenszurechnung nach Risikosphäre, S. 137 ff.

³⁵⁰ *Gamillscheg*, Verhandlungen des 45. DJT, S. G/15 ff; weitergehend *Canaris*, RdA 66, 46 sowie *Genius*, AcP 173 (1973), 510 ff, die ganz auf das Element „besondere Gefährlichkeit“ verzichten.

³⁵¹ *Canaris*, RdA 66, 48.

³⁵² *Gamillscheg*, Verhandlungen des 45. DJT, S. G/18.

³⁵³ *Canaris*, RdA 66, 48.

³⁵⁴ *Gamillscheg*, Verhandlungen des 45. DJT, S. G/18; *Hübner*, Schadenszurechnung aaO, S. 144.

hältnissen so großes Gewicht beigemessen wird, daß sie die Beherrschungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers überwiegen. Natürlich ist der Arbeitgeber aufgrund seiner Organisationsgewalt in der Lage, den Arbeitsablauf mehr oder minder gefährlich auszugestalten. Man sollte aber andererseits nicht übersehen, daß eine totale Steuerung des Arbeitnehmers durch Weisungen oder durch sonstige Vorkehrungen undenkbar ist. Die Schäden mögen zwar in ihrem Ausmaß verringert werden; ganz gebannt werden können sie jedenfalls nicht, da die Weisungen vom Arbeitnehmer immer noch selbständig in die Tat umgesetzt werden müssen und dadurch zwangsläufig die Gefahr von Fehlreaktionen eröffnet wird. Die Konsequenzen dieses Versagens können natürlich durch Kontrollen und andere Maßnahmen in Grenzen gehalten werden. Absolut wirkende Schutzvorkehrungen würden allerdings absurden Aufwand erfordern, wie das Beispiel eines Fehlverhaltens des angestellten Kraftfahrers beweist. In dem Bereich, in dem der Arbeitnehmer tätig wird, ist er mithin vielfach die einzige Person, die die Gefahr zuverlässig durch sorgfältiges Verhalten zu steuern vermag. Seine Beherrschungsmöglichkeiten sind sicherlich nicht umfassend, da sein Aktionsradius durch Weisungen eingeschränkt ist. Dem trägt das Gesetz aber bei jedem Dienstvertrag Rechnung, indem es dem Dienstverpflichteten nur solche Fehler ankreidet, die er bei sorgfältigem Verhalten hätte vermeiden können.

Wenig einleuchtend bleibt auch der Hinweis auf die Drucksituation, in die sich der Arbeitnehmer gestellt sieht und aus der er sich nicht befreien könne. Das BAG³⁵⁵ ging im „Raupenfahrer“-Fall sogar soweit, dem Arbeitgeber anzulasten, daß der Arbeitnehmer in eine Gefahrenlage geraten sei, in der rasch zweckmäßige Entschlüsse erforderlich sind, die sich ex post als falsch erweisen können. Die Drucksituation kann jedoch grundsätzlich die Beherrschungsmöglichkeit des Schuldners nicht völlig in Frage stellen. Sonst müßte man das Modell der gefahren-geneigten Tätigkeit auf nahezu alle Austauschverträge ausdehnen. Arbeitnehmer und selbständig Tätige finden sich in der Regel in durchaus vergleichbaren Drucksituationen. Die These, der Unternehmer könne seine Arbeit in Ruhe und Muße einteilen, stimmt mit der Realität nicht überein, in die sich ein selbständig Tätiger gestellt sieht, der einem intensiven Wettbewerb ausgesetzt ist. Erst recht haltlos ist das Argument, der Gläubiger habe die Gefahr deshalb besser beherrschen können, weil er habe vermeiden können, daß der Schuldner in eine gefährliche Lage gerate. Dann müßte man auch dem Bergführer, der seinen Kunden fahrlässig schädigt, den Einwand erlauben, dieser habe ihn zu einer gefährlichen Tour veranlaßt, bei der schnelle Entschlüsse in Gefahrenlagen unumgänglich sind, anstatt ihn für eine risikolose Bergwanderung zu verpflichten. Die Möglichkeit allein, auf die Befriedigung von Bedürfnissen zu verzichten, weil andere Bedürfnisse mit einer weniger gefähr-vollen Tätigkeit gedeckt werden können, stellt keine Form der Beherrschbarkeit dar, die neben dem Element der arbeitsteiligen Veranlassung ins Gewicht fiele. Schon gar nicht vermag sie die bedeutend besseren Beherrschungsmöglichkeiten des

³⁵⁵ BAG, AP Nr. 50 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

Schuldners, der nur unsorgfältiges Verhalten zu vermeiden braucht, in den Schatten zu stellen.³⁵⁶

Allenfalls könnte man versuchen, bei Arbeitsverhältnissen auf einen im Vergleich zu sonstigen Austauschverträgen typischen Absorptionsvorsprung³⁵⁷ des Arbeitgebers hinzuweisen. Ganz so unproblematisch, wie dies den Anschein hat, ist die Bejahung eines Absorptionsvorsprungs indessen nicht. Häufig kann nämlich der Arbeitnehmer die Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts besser prognostizieren, da er seine Neigung zu Sorgfaltsverstößen kennt. Dem steht der Umstand gegenüber, daß der Arbeitgeber als Gläubiger das Ausmaß der drohenden Schäden sicherer zu kalkulieren in der Lage ist. Diesen Informationsvorsprung teilt er aber oft mit vielen anderen Gläubigern, die selbständig tätig werdende Schuldner zur Deckung ihres Bedarfs eingeschaltet haben, ohne daß daraus – jenseits der Grenzen des § 254 II BGB – eine Risikoentlastung des Schuldners hergeleitet werden würde. Auch die Versicherbarkeit³⁵⁸ des Risikos liefert weder ein eindeutiges Argument für die Zuteilung des Risikos an den Arbeitgeber noch für den Unterschied zwischen Arbeits- und sonstigen Austauschverträgen; denn vielfach ist der Arbeitnehmer ebenso wie der Gläubiger bei normalen Austauschverhältnissen imstande, das Risiko durch eine Versicherung abzudecken. Es bleibt der Unterschied in der finanziellen Leistungskraft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, der diesen Vertragstypus von anderen Vertragsformen abhebt.³⁵⁹ Inwieweit die finanziellen Ressourcen eines der Vertragspartner bei der Risikoverteilung berücksichtigt werden dürfen, ist jedoch weitgehend ungeklärt.

Insgesamt kann festgehalten werden, daß es bislang noch nicht gelungen ist, den Zurechnungsprinzipien eindeutige Konturen zu verleihen, die es erlauben, dem Gläubiger einer Arbeitsleistung die Gefahren eines leicht fahrlässigen Sorgfaltsverstoßes zumindest partiell zuzuweisen, ohne diese Form der Risikoverteilung auch auf andere Vertragstypen ausdehnen zu müssen.

§ 3 Zusammenfassung

Die dem BGB zugrunde liegende ursprüngliche Konzeption der Risikoverteilung ist von den Begriffen „Unmöglichkeit“ und „Verschulden“ geprägt. Sie hat den Vorzug der Klarheit, der Praktikabilität und der weitgehenden Vorausberechenbarkeit ihrer Ergebnisse für sich, zugleich jedoch den Nachteil einer starken Vernachlässigung der materiellen Vertragsgerechtigkeit. Seit dem Erlaß des BGB hat man sich deshalb ständig um Korrekturen auf dem Wege der Rechtsfortbildung bemüht, wie die Stichworte „Geschäftsgrundlage“, „Opfergrenze“, „Sphärentheorie“, „gefahreneigete Arbeit“ zeigen.

³⁵⁶ Eingehender dazu unten S. 386

³⁵⁷ Zur Begriffsbildung unten S. 89 ff.

³⁵⁸ Canaris, RdA 66, 48.

³⁵⁹ Zeuner, RdA 75, 87. Eingehender dazu unten S. 403 ff.

Die bislang in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Korrekturen sind allerdings häufig in das entgegengesetzte Extrem verfallen. Auf die Überbetonung der Rechts- und Verkehrssicherheit folgte eine übermäßige Orientierung an einer einzelfallbezogenen Interessenabwägung. Dort, wo versucht wurde, die Durchbrechung der ursprünglichen Konzeption des BGB stärker zu konturieren, werden Wertungsgesichtspunkte herangezogen, die in ihrer Geltungskraft nicht ausreichend – rational – einsichtig gemacht und zu wenig mit der Marktordnung in Einklang gebracht werden, in die Austauschverträge eingebettet sind. Diese beiden Mängel zu beheben, ist Ziel der folgenden Untersuchung.

Zweites Kapitel

Abstrakte Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteilige Veranlassung als Zurechnungselemente im System der Verteilung von Risiken planungswidrigen Aufwandes sowie von Zweckstörungsrisiken

Ein sachgerechtes System der Verteilung von materiellen Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisiken, das trotz einer partiellen Verdrängung des relativ eindeutigen Unmöglichkeitsskriteriums den Anforderungen von Rechts- und Verkehrssicherheit genügt, läßt sich nur errichten, wenn es auf möglichst wenige Elemente gegründet wird. Weiter ist zu fordern, daß nur solche Elemente eingeführt werden, deren Tragweite im wesentlichen aus ihrer Funktion abgeleitet werden kann.

Diesen Anforderungen genügt ein Risikoverteilungssystem, das die Elemente der abstrakten Beherrschbarkeit, der Absorption von Risikofolgen sowie den Gedanken der arbeitsteiligen Veranlassung von Risiken in den Mittelpunkt stellt.

Das heißt natürlich nicht, daß allein anhand dieser Risikozurechnungskriterien über die Risikobelastung bzw. -entlastung zu entscheiden wäre. Sie können durchaus auch mehr oder minder stark durch andere Risikoverteilungselemente überlagert werden. Zu denken ist hier an *topoi*, wie die Kongruenz von Nutzen und Risiko, die Priorität der Beharrungsinteressen vor den Veränderungsinteressen sowie die Gedanken der Vertragstreue und Praktikabilität. Diese Elemente dienen teils dazu, die Symmetrie im Risikoverteilungssystem sicherzustellen, teils dazu, eine Ausuferung des Gedankens der arbeitsteiligen Veranlassung zu vermeiden und die Ausformung eines der Rechts- und Verkehrssicherheit verpflichteten Risikoverteilungssystems zu ermöglichen. Ferner sind die Wertungen zu berücksichtigen, die sich in den verschiedenen Vertragstypen niedergeschlagen haben und spezifischen Interessenkonstellationen Rechnung tragen. Beruht die Störung des Austausch- und Bedürfnisbefriedigungsprozesses auf wirtschaftslenkenden Maßnahmen, so kann sich unter Umständen aus der *ratio* dieser hoheitlichen Eingriffe ergeben, daß das Risiko in Abweichung von der üblichen Form der Risikoverteilung zuzuordnen ist. Schließlich sind auch Elemente des Sozialschutzes in das Risikoverteilungssystem einzuführen, die die Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteiligen Veranlassung ganz oder partiell überlagern. In der vom Wettbewerbsgedanken geprägten Austauschordnung ist von den sozialpolitisch motivierten Elementen zurückhaltend Gebrauch zu machen. Sie dürfen nur dort verwandt werden, wo in bestimmten Vertragstypen die soziale Schutzbedürftigkeit und Schutzwürdigkeit einer der Parteien anerkannt ist. Das Hauptbeispiel für einen solchen Bereich liefern die Arbeitsverhältnisse, in denen dem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken der Vorrang vor den Elementen der abstrakten Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteiligen Veranlassung einzuräumen ist. In der Masse der Austauschverträge hat aber die Korrektur des ursprünglichen Risikoverteilungskonzeptes im wesentlichen al-

lein anhand der zentralen Prinzipien „abstrakte Beherrschbarkeit“, „Absorption“, „arbeitsteilige Veranlassung“ zu erfolgen.

Diese Zurechnungsprinzipien sind allerdings bislang in Inhalt und Tragweite noch recht ungeklärt. Es muß daher zunächst versucht werden, die ratio dieser Prinzipien genauer zu durchdringen. Von diesem Ausgangspunkt aus sind ihre Konturen in groben Zügen zu ermitteln. Das anschließende Kapitel ist dem Nachweis gewidmet, daß die Elemente der abstrakten Beherrschbarkeit, Absorption sowie arbeitsteiligen Veranlassung dem ursprünglichen Risikoverteilungssystem, wie es sich im BGB und seinen Nebengesetzen niedergeschlagen hat, keineswegs fremd geblieben sind, sondern in ihnen wie auch in der Literatur und Rechtsprechung eine erhebliche Rolle spielen.

§ 1 Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit

I. Legitimation und Aufgabe des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit

Der Gedanke verschuldensunabhängiger, abstrakter Beherrschbarkeit, demzufolge das Risiko derjenigen Partei zuzurechnen ist, aus deren Sphäre es stammt bzw. auf deren Sphäre es sich zunächst auswirkt, stellt einen Gerechtigkeitswert dar,¹ der in seinem Kern durchaus Anerkennung verdient. Allerdings sind bislang sein Gehalt und seine Konturen recht unbestimmt geblieben. Sie werden deutlicher sichtbar, wenn man den Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit in die Nähe des rechtlich institutionalisierten² Wettbewerbsgedankens rückt, der in der marktwirtschaftlichen Ordnung eine zentrale Stellung einnimmt.

Aufgabe des Wettbewerbs auf den Austauschmärkten ist es nicht nur, wirtschaftliche Macht zu binden und die freie Entfaltung der einzelnen Austauschpartner im Rahmen eines nicht-autoritären Kontroll- und Koordinierungssystems³ zu gewährleisten. Er dient auch dazu, den Erfindungsreichtum als Quelle von Produktivitätssteigerungen zu erschließen und die Marktteilnehmer zu einem möglichst effizienten Einsatz der knappen Mittel anzuhalten.⁴ Er soll mit anderen Worten ein Klima schaffen, in dem die Produktionsmittel optimal ausgestaltet und ausgenutzt werden. Dadurch soll unter Abbau unnötiger volkswirtschaftlicher Kosten die Güterversor-

¹ Vgl. zum Beispiel die Bedeutung des Beherrschbarkeitsgedankens im Rahmen der Vertrauenshaftung. *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, S. 479 ff.

² *Mestmäcker*, AcP 168 (1968), 237 ff; *Steindorff*, Festschrift Raiser, S. 632 ff, bes. S. 639 ff; *Böhm*, Ordo XVII (1966), 95 ff; *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, S. 37 ff.

³ *Hoppmann*, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 88.

⁴ Zu den hier auftauchenden Zielkonflikten vgl. *Hoppmann*, Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 ff; *Reuter*, Schranken aaO, S. 42 ff; *Schmidt*, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, S. 42 ff, 67 ff; *Säcker*, Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, S. 14 ff. Diese Zielkonflikte spielen im Rahmen dieser Untersuchung keine Rolle, da eine Betonung der wohlfahrtsökonomischen Funktion die gesellschaftspolitische Funktion der Freiheitssicherung nicht in Frage stellt.

gung maximiert werden. Dieses Ziel gilt es nicht nur dadurch zu realisieren, daß die einzelvertraglichen Konditionen unter dem Druck von Wettbewerb ausgehandelt werden. Dort, wo die Parteien die Behandlung konkreter Risiken offen lassen, hat die Rechtsordnung ergänzende Regeln in Form dispositiver Normen bereitzustellen, die dazu beitragen, daß ein Anreiz zur optimalen Allokation⁵ von Ressourcen und zur Beschleunigung des technischen und organisatorischen Fortschrittes entsteht.⁶ Die Erfüllung dieser Funktion wird durch Normen gefördert,⁷ die sich an dem Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit orientieren.⁸ Dem Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit zufolge sind bestimmte Risikofolgen derjenigen Vertragspartei zuzurechnen, die nach abstrakt-typischen Grundsätzen am zuverlässigsten Planung und Realität aufeinander abstimmen sowie Störungen, die mit der Verwirklichung der Planung verbunden sind, am besten abwehren kann.

Die Prävention von Schäden⁹ wird üblicherweise mit unterschiedlicher Intensität¹⁰ auf zwei Wegen angestrebt: der *konkreten* und der *abstrakten* Beherrschbarkeit.

Im Unterschied zum Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit setzt der *konkrete* Beherrschbarkeitsgedanke unmittelbar anhand bestimmter Wertungen das Ausmaß der Anstrengungen fest, die der Normadressat unternehmen muß, wenn er sich die Konsequenzen unzulänglicher Präventionsmaßnahmen nicht zurechnen lassen will. Das Beherrschbarkeitselement, auf Grund dessen dem Normadressaten Risiken zugerechnet werden, ist mithin *aufwandsabhängig*. Die für die Bemessung des Auf-

⁵ In diesem Zusammenhang ist zu betonen, daß das Ziel optimaler Allokation mit Hilfe dispositiver Normen natürlich nicht vollständig erreicht werden kann. So vermag die Rechtsordnung weder Affektationsinteressen zu berücksichtigen (Posner, Economic Analysis of Law, S. 324), noch kann sie Bedingungen wie vollkommenen Wettbewerb und totale Markttransparenz gewährleisten.

„Optimum“ in dem hier verwandten Sinne heißt auch nicht „soziales“ Optimum der Güterverteilung. Sozialpolitische Ziele müssen im Zusammenspiel der Risikoverteilungselemente gesondert berücksichtigt werden. Dadurch kann allerdings die wirtschaftliche Effizienz im Sinne des Pareto-Optimums beeinträchtigt werden. Polinsky, 87 Harvard Law Review, 1676 ff (1974).

Zum anderen kann eine rechtliche Regelung auch unabhängig von sozialpolitischen Distributionserwägungen keine optimale Effizienz gewährleisten, da immer Transaktionskosten anfallen, die bei Verträgen vor allem darauf beruhen, daß der Informationsgrad der Parteien unterschiedlich ist. (S. Polinsky, 87 Harvard Law Review, 1671 ff [1974]).

⁶ Die Effizienz im ökonomischen Sinn ist sicherlich nicht das einzige Ziel, das die Rechtsordnung zu verwirklichen hat. Horn, AcP 176 (1976), 333.

⁷ Dem Ziel, materielle Vertragsgerechtigkeit im dispositiven Recht besser zu verwirklichen, wird durch das Verständnis des Beherrschbarkeitsgedankens als eines wirtschaftspolitischen Instruments kein Abbruch getan. Steindorff, Festschrift Raiser, S. 625 Fn. 18.

⁸ Trimarchi, ZHR 136, 119 f.

⁹ Die Präventionsfunktion der Risikozurechnung ist jedenfalls im Haftpflichtrecht heute allgemein anerkannt. Rümelin, Der Zufall im Recht, S. 30 ff; Deutsch, JZ 68, 725; zurückhaltend Lorenz, SchR I, S. 344 f; vgl. im übrigen hierzu Weyers, Unfallschäden, S. 452 ff m. w. Nachw.

¹⁰ Weyers, Unfallschäden, S. 446 f; zutreffend auch Steindorff, AcP 170, 99 f.

wandes relevanten Maßstäbe können die Verkehrsblichkeit¹¹ widerspiegeln oder dem Bedürfnis nach Schutz der finanziellen Leistungsfähigkeit¹² des Normadressaten, sozial erwünschter Tätigkeiten¹³ bzw. sozial benachteiligter Vertragsparteien Rechnung tragen. Auf diesem Denkansatz beruht vor allem die Zurechnung kraft *objektiver Fahrlässigkeit*.¹⁴

Das Prinzip der *abstrakten* Beherrschbarkeit ist hingegen als marktwirtschaftlich *selbststeuerndes System* ausgeformt. Einem der Vertragspartner werden in einem weiten Rahmen *alle* Gefahren samt ihren wirtschaftlichen Auswirkungen *unabhängig* von ihrer konkreten Beherrschbarkeit zugerechnet. Der auf diese Weise mit dem Risiko belastete Vertragsteil wird versuchen, alle Gefahren, die zu sinnlosem und überflüssigem Wertverzehr führen, in dem Maße zu unterdrücken, in dem die für die Gefahrenabwehr nötigen Kosten niedriger als die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Nachteile sind. Eine simple *Rentabilitätsanalyse* entscheidet dann darüber, ob und wie die mit der Bedürfnisbefriedigung verbundenen Risiken gesteuert werden sollen.¹⁵ Im Unterschied zur ersten Variante, bei der anhand heteronomer Wertungen das Ausmaß der Prävention bestimmt wird, hat hier somit der jeweilige Vertragspartner darüber zu befinden, inwieweit er Anstrengungen zur Gefahrenbeherrschung unternehmen oder sich mit den dem Risiko entspringenden Nachteilen abfinden¹⁶ will.

Letzten Endes entscheidet also der Markt über Art und Ausmaß der Steuerungsmaßnahmen. Denn der Risikoträger muß die Nachteile, die er nicht abzuwenden gewillt ist, bei seiner subjektiven Äquivalenzentscheidung berücksichtigen. Trifft das Risiko den Schuldner, so muß er ein höheres Entgelt verlangen, um die Nachteile abzudecken, die er einzelwirtschaftlich nicht rentabel abzuwehren vermag. Das wird den Gläubiger möglicherweise veranlassen, auf die Befriedigung des konkreten Bedürfnisses ganz zu verzichten oder seinen Bedarf mit Substitutionsgütern zu befriedigen, deren Leistung weniger Kosten verursacht.¹⁷ Andererseits wird in den Fällen, in denen für die Nachfrager keine sinnvollen Ausweichmöglichkeiten auf andere Güter bestehen, die Nachfrage also relativ unelastisch ist, der Wettbewerbs-

¹¹ *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 360f; *Larenz*, SchR I, S. 233; *Kritisch Weyers*, Unfallschäden, S. 390.

¹² Vgl. *Denkschrift zum HGB*, S. 259; aus der Diskussion um eine erweiterte verschuldens-unabhängige Haftung, *Kötz*, AcP 170 (1970), 4f; *Simitis*, Verhandlungen des 47. DJT, Bd. I S. C/80f; *Kritisch Weyers*, Unfallschäden, S. 490.

¹³ *Esser*, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, S. 55ff; *Weyers*, Unfallschäden, S. 391, 393f, 490f, 506; vgl. auch *Steindorff*, Festschrift Raiser, S. 640f.

¹⁴ Vgl. auch *Königden*, Haftpflichtfunktion und Immaterialschaden, S. 41 ff.

¹⁵ *Calabresi*, The Costs of Accidents, S. 69ff; *Trimarchi*, ZHR 136, 120f; *Weyers*, Unfallschäden, S. 505.

¹⁶ Kann davon ausgegangen werden, daß beide Vertragspartner den Umfang des Risikos kennen, so wird hierdurch die optimale Allokation der Ressourcen nicht tangiert, weil die Gefahr von Schadensersatzverpflichtungen in höheren Entgelten ihren Ausgleich findet. Vgl. *Barton*, 1 Journal of Legal Studies, S. 285f (1972).

¹⁷ Vgl. hierzu auch *Kliege*, Rechtsprobleme der allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, S. 129.

druck dafür sorgen, daß einzelwirtschaftlich rentable Beherrschungsmöglichkeiten nicht ungenutzt bleiben, nicht nur, weil sie eine Gewinnchance bieten, sondern weil sie auch einen Produktionskostenvorteil gegenüber demjenigen Konkurrenten beinhalten,¹⁸ der sich noch mit den üblichen, überkommenen Techniken der Leistungsplanung und -erbringung begnügt. Der jeweilige Risikoträger wird daher in dem selbststeuernden System ständig versuchen,¹⁹ die Methoden der Abwehr von Gefahren, die der Leistungserbringung bzw. -verwendung drohen, zu verbessern, sie einfacher und kostengünstiger auszugestalten und neue, leistungsfähigere Abwehrmaßnahmen zu ersinnen.²⁰ Der dadurch entstehende Produktionskostenvorsprung schafft Imitationswettbewerb,²¹ in dem die konkurrierenden Risikoträger alles unternehmen werden, um auf den gleichen technischen und organisatorischen Stand der Gefahrenbeherrschung zu gelangen.²² Marginalbetriebe, die in der Effizienz der Risikosteuerung nicht gleichziehen können, werden langfristig aus dem Markt ausscheiden.^{22a}

Freilich wird die Verwirklichung des Zieles einer im Sinne der Marktwirtschaft optimalen Gefahrenbeherrschung dort erschwert, wo die Märkte mehr oder minder vermachet sind.

Auf einem oligopolistisch oder monopolistisch strukturierten Markt wird sich nämlich die Belastung mit dem vollen Risiko nicht immer in Richtung auf eine Verbesserung der Gefahrenbeherrschung auswirken, weil der Wettbewerbsdruck relativ gering ist. Gleichwohl fehlt der Anreiz zur optimalen Prävention nicht ganz. Wenn auch der Oligopolist wegen der für das Oligopol typischen Preisrigidität nicht befürchten muß, daß Kunden alsbald zum kostengünstiger wirtschaftenden Konkurrenten abwandern, der die Risiken besser zu steuern imstande ist, so wird er sich doch um eine möglichst rentable Produktion bemühen, schon um auf etwaige offene sowie verdeckte Preiskämpfe vorbereitet zu sein oder die Spielräume für den Wettbewerb mit anderen Wettbewerbsparametern²³ zu vergrößern.²⁴

Eher wird man schon beim Monopolisten damit zu rechnen haben, daß eine Risikobelastung nicht in erhöhte Anstrengungen zur Risikosteuerung umgesetzt wird. Abgesehen davon, daß das Monopol auf längere Sicht eine Frage der Zeit ist,²⁵ kann es sich der Monopolist aber auch nicht jederzeit leisten, die auf ihn zukommenden Nachteile einfach weiterzuwälzen; denn bei einer einigermaßen elastischen Nachfrage muß er dann auf die maximale Rendite verzichten, da die zum erhöhten

¹⁸ *Trimarchi*, ZHR 136, 128.

¹⁹ *Trimarchi*, ZHR 136, 133; *Morris*, 70 Yale Law Journal, 595 f. (1961).

²⁰ *Trimarchi*, ZHR 136, 129. Es entfallen bei diesem Ansatz alle Probleme, die sich um die unsichere Formel vom „neuesten Stand der Technik und Wissenschaft“ ranken. Vgl. hierzu *Simitis*, Verhandlungen des 47. DJT, Bd. I, S. C/47 f.

²¹ *Hoppmann*, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 89.

²² *Trimarchi*, ZHR 136, 129, 133.

^{22a} Vgl. *Trimarchi*, 136, 128 ff, 133; *Morris*, 70 Yale Law Journal, 595 (1961).

²³ Das übersieht *Weyers*, Unfallschäden, S. 511 f.

²⁴ *Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 88 ff.

²⁵ *Calabresi*, Costs aaO, S. 82.

Preis abgesetzte Menge zurückgehen wird. Der daraus resultierende Verlust kann durch einen überproportional bis zum monopolistischen Gewinnmaximum²⁶ angehobenen Preis nicht ausgeglichen werden.²⁷ Ob dies im Einzelfall genügt, um den Monopolisten zur optimalen Gefahrenabwehr zu veranlassen, kann hier letztlich dahingestellt bleiben. Reine Monopole, aber auch marktbeherrschende Stellungen sind aus der Perspektive aller relevanten Märkte nicht allzu häufig. Die generelle Richtigkeit der Aussage, daß eine Zurechnung nach Grundsätzen abstrakter Beherrschbarkeit tendenziell zu einer optimalen Steuerung von Risiken führt, wird daher nicht in Frage gestellt.²⁸

Gewichtigere Einwände lassen sich gegen die Präventionswirkung einer Risikobelastung schlechthin erheben. Sie hat in neuerer Zeit vor allem Weyers²⁹ im Hinblick auf die parallel gelagerte Problematik des Haftpflichtrechts angemeldet. Er verweist auf die umfangreiche kriminologische Diskussion über die Generalprävention, die deutlich zeige, daß der Mensch nicht immer zweckrational handle. Man dürfe deshalb von ihm auch nicht erwarten, daß er sein Verhalten im ökonomischen Sinne optimiere. Auch Weyers gesteht jedoch zu, daß zweckrationales Vorgehen noch am ehesten dort zu vermuten sei, wo *Unternehmen* am Austauschvorgang beteiligt sind. Sie sind nicht nur zweckrational organisiert, sondern sie werden sich auch regelmäßig möglichst umfassend bemühen, vermeidbare Nachteile auszuschalten.³⁰ Soweit *Letztverbraucher* als Vertragspartner auftreten, mag die Präventionswirkung freilich vielfach fragwürdig sein, weil sowohl der Informationsgrad in Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit von Gefahren und die denkbaren Abwehrmaßnahmen niedrig sind, als auch emotionale Fehlerquellen eine beträchtliche Rolle spielen. Die Rechtsordnung kann diesem Umstand nur in beschränktem Umfang Rechnung tragen. Der Ausfall der Präventionswirkung muß schon ein signifikant gruppenspezifisches Ausmaß annehmen, um die Möglichkeit einer Zurechnung auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsprinzips zu verneinen. Es geht schon mangels ausreichender empirischer Vorklärung der Bedingungen, unter denen die Auferlegung von ökonomischen Nachteilen geeignet ist, das Verhalten zu beeinflussen, nicht an, die Zurechnung im konkreten Einzelfall davon abhängig zu machen, ob die Risikobelastung auch tatsächlich präventiv wirkte. Eine solche Regelung verbietet sich um so mehr, als auch der Vertragspartner in seinem Vertrauen³¹ auf die übliche Risiko zu-

²⁶ Woll, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 144 ff.

²⁷ Zu den Allokationseffekten auf monopolistischen Märkten vgl. Calabresi, Costs, S. 84 f.; Weyers, Unfallschäden, S. 511.

²⁸ Im übrigen geht es natürlich nicht an, in Normen, die auf dem Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit aufbauen, Monopolisten und marktbeherrschende Unternehmen nur deshalb von einer Risikobelastung zu befreien, weil sie bei ihnen keine Präventionswirkung zeitigt. Das würde nicht nur dem Gerechtigkeitsgehalt des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit zuwiderlaufen, sondern diese Normen auch unpraktikabel machen.

²⁹ Weyers, Unfallschäden, S. 456 ff.

³⁰ Weyers, Unfallschäden, S. 465, 467, 473 f, 480; Horn, AcP 176, 325.

³¹ Diese Wertung spielt beim objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab eine wesentliche Rolle. Larenz, SchR I, S. 233 f.; Deutsch, Fahrlässigkeit aaO, S. 385.

rechnung geschützt werden muß, der ja nicht zu erkennen vermag, wie die an sich mit den Möglichkeiten abstrakt besserer Beherrschbarkeit ausgestattete Partei auf die ihr drohenden Schäden reagieren wird.

Die These, der Gedanke der abstrakten Beherrschbarkeit sei als Mittel zu gesamtwirtschaftlicher Optimierung der Verwendung wirtschaftlicher Güter brauchbar, sieht sich noch in zwei weiteren Punkten der Kritik ausgesetzt.

Zum einen könnte man mit Posner³² vorbringen, die verschuldensunabhängige Zurechnung führe zwar dazu, daß auf der Seite des Zurechnungsadressaten all das zur Schadensabwehr getan werde, was gesamtwirtschaftlich gerechtfertigt sei, daß darüber hinaus der Zurechnungsadressat aber auch dort Anstrengungen zur Ausschaltung solcher Risiken machen werde, die sein Partner mit geringeren Kosten in Bann halten könnte; denn dem Zurechnungsadressaten würde die gesamte Schadenslast auferlegt werden, so daß der potentiell Geschädigte gar keinen Anlaß mehr habe, sich um bestmögliche Schutzvorkehrungen zu kümmern. Dieser Einwand Posners ist, wie er selbst zugesteht, obsolet, wenn man die verschuldensunabhängige Zurechnung unter den Vorbehalt stellt, daß der andere Teil schuldlos gehandelt hat, also den Schaden nicht mit verhältnismäßig geringerem Aufwand zu verhüten vermochte. Allerdings sieht man sich dann mit all den Schwierigkeiten konfrontiert, die mit der Konkretisierung des Verschuldensmaßstabes im Sinne einer Optimierung der Allokation verbunden sind.³³ Dadurch werden aber die von einer verschuldensunabhängigen Zurechnung ausgehenden Vorzüge in Richtung auf eine bestmögliche Risikosenkung nicht illusorisch. Rechnet man nämlich das Risiko demjenigen der Vertragspartner zu, der es mit der größeren Wahrscheinlichkeit allein und besser zu steuern imstande ist, so wird die Effizienz der Risikosteuerung nicht entscheidend beeinträchtigt. In der Regel wird dann diejenige der Parteien zur Optimierung der Schutzvorkehrungen gezwungen, der dies auch allein zur Last fiele, wenn dem Richter die für die Optimierung der Risikoverteilung maßgeblichen Daten „Schaden“, „Wahrscheinlichkeit“ und „Abwehrkosten“ exakt bekannt wären. Andererseits verhindert das Kriterium des „Mitverschuldens“, daß der Geschädigte den Schaden auf den anderen Teil, der in der Regel die Gefahr besser beherrscht, abwälzt, obgleich er das Risiko im konkreten Fall nach den den Gerichten zugänglichen Standards wirksamer auszuschalten in der Lage ist. In der Grauzone, die durch die Unfähigkeit der Gerichte entsteht, das wirtschaftlich optimale Maß an Schadensabwehr genau zu bestimmen, wird damit gewährleistet, daß der Selbststeuerungseffekt des Gedankens der abstrakten Beherrschbarkeit dort für eine Optimierung der Gefahrenbekämpfung sorgt, wo zu vermuten ist, daß ein Mitverschulden im ökonomischen Sinne keine wesentliche Rolle spielt.

Ein zweiter Einwand könnte darauf gestützt werden, daß etwaige Allokationsvorteile, die man mit Hilfe des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit bei der Ausschaltung von Risiken erzielen könnte, in denjenigen Fällen aufgezehrt werden, in

³² Posner, *Analysis aaO*, S. 93; *ders.* 2 *Journal of Legal Studies*, 207 (1973).

³³ Vgl. oben S. 58f.

denen die Zurechnungsadressaten die Schäden hinnehmen, weil sie abzuwehren zu teuer ist.³⁴ Sind Vorsorgemaßnahmen zu teuer, so hängt die optimale Allokation davon ab, wer sie besser aufzufangen imstande ist. Das muß nicht notwendig der Adressat der verschuldensunabhängigen Zurechnung auf der Basis der Gefahrenverhütung, sondern kann auch sein Vertragspartner sein, wenn dieser sich beispielsweise billiger zu versichern vermag. Es ist zuzugeben, daß optimale Beherrschungs- und optimale Absorptionsmöglichkeiten auseinanderfallen können. Das rechtfertigt aber nicht, pauschal auf all die Vorteile zu verzichten, die mit einer Zurechnung auf der Grundlage der abstrakten Beherrschbarkeit verbunden sind, und auf einen konkreten Beherrschbarkeitsmaßstab zu rekurrieren. Normalerweise werden nämlich optimale Beherrschungs- und Absorptionsgelegenheiten bei der gleichen Partei liegen. Wo sie auseinanderfallen, bedarf es freilich einer Abwägung. Dies kann nicht in einer konkreten Nutzen/Kosten-Analyse erfolgen, für die den Gerichten die erforderlichen Daten fehlen. Der Kollision zwischen Beherrschbarkeit und Absorption ist vielmehr dadurch Rechnung zu tragen, daß der Absorption von Risiken der Vorrang einzuräumen ist, falls zu vermuten ist, daß die Betonung der Absorption eher zu einer optimalen Allokation von Ressourcen führen wird.³⁵

II. Der Adressat der Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit

Formuliert man den Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit als marktwirtschaftlich selbststeuerndes System, so könnte man gerade bei Austauschverträgen leicht an der *Notwendigkeit einer Adressatenbestimmung* zweifeln.³⁶ Calabresi³⁷ demonstriert dies an folgendem Beispiel:

Werde der Schiffseigentümer zum Ersatz von Schäden verpflichtet, die ein zu reparierendes Schiff während eines heftigen Sturmes an einem Dock anrichtet, obwohl es ordnungsgemäß vertäut ist, so sinken die von den Schiffseigentümern gezahlten Entgelte; denn die Schiffseigentümer werden versuchen, sicherer gelegenen Docks Aufträge zu geben, bis die Eigentümer der Docks ihre Preise so gesenkt haben, daß die drohenden Nachteile ausgeglichen sind. Die Dockbesitzer würden sich dadurch veranlaßt sehen, ausreichende Sicherungsvorkehrungen zu treffen. Wenn umgekehrt der Dockbesitzer anfänglich das Risiko trage, werde er sich ebenfalls bemühen, die Gefahr durch geeignete Abwehrmaßnahmen bis zu dem Punkt zu verringern, von dem an es billiger ist, die Risikofolgen hinzunehmen. Das gleiche gelte für Schutzmaßnahmen, die der Schiffer selbst vornehme. Bei beiden Lösungen werde sich somit auf dem Markt die billigste und effizienteste Art der Gefahrenbeherrschung herauskristallisieren. Die Kosten der optimalen Gefahrenabwehr sowie die verbleibenden, aus dem Risiko resultierenden Folgen würden letztlich von den

³⁴ Posner, 2 Journal of Legal Studies, S. 210 (1973).

³⁵ Eingehender hierzu unten S. 91 ff.

³⁶ Vgl. Posner, Analysis aaO, S. 44.

³⁷ Calabresi, Costs aaO, S. 162.

Vertragspartnern in der gleichen Relation getragen werden, welche der Parteien man auch immer anfänglich mit dem vollen Risiko belastet habe.

Dies ist theoretisch richtig. In der Praxis besitzen aber – wie auch Calabresi hervorhebt³⁸ – die Parteien nicht nur unterschiedliche Möglichkeiten, die Risiken auf unbeteiligte Dritte oder die Allgemeinheit abzuwälzen, und dadurch die optimalen Präventionswirkungen der Risikobelastung zu beeinträchtigen. Den Parteien steht auch bei Vertragsschluß nicht immer der gleiche Zugang zu Informationen offen. Der Informationsgrad wird sich normalerweise nur relativ langsam anpassen. Das Ziel einer optimalen Gefahrenbeherrschung läßt sich aber nur erreichen, wenn die Parteien die verfügbaren Informationen rasch und so gut wie möglich in Entscheidungen über die Rentabilität von Abwehrmaßnahmen umsetzen. Von daher gesehen empfiehlt es sich, diejenige Partei mit dem Risiko zu belasten, die über die besseren Informationsquellen verfügt³⁹ und daher schneller und exakter⁴⁰ auf die mit dem Austausch- und Bedürfnisbefriedigungsprozeß verbundenen Gefahren zu reagieren⁴¹ vermag.⁴² So wird beispielsweise in der Regel der Werkunternehmer am besten wissen, wie groß das Risiko ist, daß sich der für die Leistung einkalkulierte

³⁸ Calabresi, Costs aaO, S. 164.

³⁹ Calabresi, Costs aaO, S. 163; Calabresi/Hirschhoff, 81 Yale Law Journal, 1060ff (1972); Barton, 1 Journal of Legal Studies, 293, 294 Fn. 24 (1972); Weyers, Unfallschäden, S. 473, 516.

⁴⁰ Hierunter darf keine statistische Exaktheit verstanden werden. Das Merkmal „exakt“ bezieht sich auch auf Wahrscheinlichkeitsurteile, d.h. auf subjektive Vermutungen über den Eintritt bestimmter Datenkonstellationen (vgl. Philipp, Risiko und Risikopolitik S. 57ff). Die Bewertung des subjektiven Risikos wird stark von den persönlichen Eigenschaften, von der Risikobereitschaft des Entscheidenden beeinflusst (Krelle, Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaften 1957, S. 636f; ders. Preistheorie, S. 609f). Das Ausmaß der Risikobereitschaft ist für die Wahl des Zurechnungsadressaten jedoch irrelevant. Zum einen kann das Handeln nach individueller Risikobereitschaft für den Zurechnungsadressaten einen immateriellen Wert bergen (vgl. Posner, Economic Analysis of Law, S. 73), für den er auch bezahlen muß. Wichtiger ist die Erwägung, daß der Wettbewerb bei gleichen Informationen langfristig diejenigen Wirtschaftsteilnehmer aus dem Markt drängt, deren Risikobereitschaft entweder zu groß oder zu klein ist. Wo dies sozialpolitisch untragbar ist, müssen entsprechende Korrekturen gemacht werden. Freilich führt die Vernachlässigung der Risikobereitschaft dazu, daß in Fällen, in denen der Vertragspartner des Zurechnungsadressaten seinerseits sehr risikofreudig ist, ein Sicherheitsstandard geschaffen wird, den dieser gar nicht zu schätzen weiß. Daraus können suboptimale Allokationen resultieren (Posner, Analysis aaO, S. 92f). Diese Konsequenz muß im Bereich des dispositiven Rechts hingenommen werden, da die Risikobereitschaft des Vertragspartners von den Gerichten nicht praktikabel quantifiziert werden kann. Die Vertragsparteien sind mithin auf individuelle Vereinbarungen zu verweisen, wenn der durch die verschuldensunabhängige Zurechnung geschützte Vertragsteil seiner überdurchschnittlichen Risikobereitschaft Rechnung getragen wissen will.

⁴¹ Trimarchi, ZHR 136, 129.

⁴² Freilich sind auch Situationen vorstellbar, in denen die besseren Informationsmöglichkeiten bei der einen Partei liegen, während die andere die angemessenen Schutzvorkehrungen mit dem geringsten Aufwand realisieren könnte. In derartigen Fällen ist darauf abzustellen, welcher Anknüpfungspunkt die größeren Aussichten bringt, daß die auf ihn gegründete Zurechnung die wirtschaftliche Effizienz des Austausches optimiert. Calabresi/Hirschhoff, 81 Yale Law Journal, 1060 (1972).

Aufwand trotz Anwendung verkehrsbüblicher Sorgfalt infolge des Ausfalls einer Maschine oder der Unvollkommenheiten einer bestimmten Herstellungsmethode erhöht und mit welchen Kosten diese Gefahr gebannt werden könnte.

Die Entscheidung, welcher der Vertragspartner bestimmte Risiken besser einzuschätzen vermag, kann nun natürlich nicht von Fall zu Fall und schon gar nicht ex post vom Richter getroffen werden. Wenn die Parteien nichts hinsichtlich der Verteilung des Risikos vereinbaren, so ist es Aufgabe der Rechtsordnung, bei Abschluß des Vertrages im dispositiven Recht einigermaßen scharf umrissene Regeln bereit zu halten, denen die Vertragspartner entnehmen können, wen die Rechtsordnung für am besten geeignet hält, etwaige Risiken einzukalkulieren und ihnen zu begegnen. Bei der Ausformung dieser Regeln steht man vor einem dreifachen Problem. Einerseits darf man nicht allzu stark in die Nähe der konkreten Beherrschbarkeit geraten, da sich die optimale Risikosteuerung erst herauskristallisieren soll. Andererseits darf man sich aber auch nicht allzu weit von dem Vorbild der konkreten Beherrschbarkeit entfernen; denn im Ergebnis soll die Risikozuordnung in aller Regel⁴³ dazu führen, daß derjenige der Vertragspartner mit dem Risiko ganz oder teilweise belastet wird, der es am effizientesten ausschalten könnte. Drittens ist zu beachten, daß die Faktoren, anhand derer der Adressat zu bestimmen ist, bei Vertragsschluß erkennbar sein müssen, da die Zurechnung des Risikos in einem selbststeuernden System nur gerechtfertigt ist, wenn jede der Parteien rechtzeitig weiß, mit welcher Risikobelastung sie konfrontiert wird. Nur unter dieser Voraussetzung ist sie nämlich in der Lage, die Vertragskonditionen, insbesondere das Entgelt mit der Risikobelastung abzustimmen und ausreichende Risikoprämien auszuhandeln, auf deren Grundlage sie die Entscheidung über Art und Umfang der Gefahrenabwehr fällen kann.

Bei der Entscheidung über die sich anbietenden Konkretisierungselemente ist, um – im Einklang mit dem Ziel dieser Untersuchung – ein gegenüber den bisherigen Lösungsansätzen höheres Maß an Rechts- und Verkehrssicherheit zu erzielen, das Schwergewicht auf die Praktikabilität der Regeln zu legen.⁴⁴ Dies kann unter Um-

⁴³ Es geht hier also um die Risikoverteilung auf der Grundlage von Vermutungen über die optimale Gefahrenabwehr (*Horn*, AcP, 176 (1976), 322; vgl. auch *Polinsky*, 87 *Harvard Law Review*, 1673 ff [1974]). Die Möglichkeit derartiger Vermutungen bezweifelt *Posner*, *Analysis* aaO, S. 93, 235). Dort, wo die Vermutungen, auf denen das dispositive Recht aufbaut, in Widerspruch zur Realität des Marktes geraten, werden die Marktkräfte dafür sorgen, daß die gesetzliche Regel abbedungen wird (*Calabresi*, *Costs* aaO, S. 167). Allerdings kann reine Marktmacht dazu führen, daß einzelvertraglich eine Risikoverteilung gewählt wird, die im Widerspruch zu den optimalen Beherrschungsmöglichkeiten steht. Solange aber keine Marktbeherrschung im Spiel ist, spricht die Vermutung für eine wettbewerbskonforme Vereinbarung, die tendenziell die Allokation optimiert. Anders ist die Situation bei AGB. Dort sind die gesetzlichen Vermutungen zu deren Inhaltskontrolle heranzuziehen. Vgl. *Horn*, AcP 176 (1976), 322f.

⁴⁴ Hieraus kann freilich der Zwang zu größeren Abstrichen vom Konzept der optimalen Allokation resultieren. Das muß aber nicht notwendig so sein; denn die Verluste durch suboptimale Gefahrenbeherrschung können gesamtwirtschaftlich durch geringere Administrationskosten und Aufwendungen für umfassende Information beider Vertragspartner wettgemacht

ständen dazu führen, daß bei der Auswahl der Zurechnungsadressaten eine Generalisierung⁴⁵ in Kauf genommen werden muß, die den Bezug zu den im Einzelfall besseren Beherrschungsmöglichkeiten verschwimmen läßt.

Von diesem Ausgangspunkt aus liegt es nahe, die Bestimmung des Zurechnungsadressaten vor allem anhand des räumlich-organisatorisch verstandenen Begriffes der Sphäre vorzunehmen. Normalerweise wird nämlich jede Partei die Wahrscheinlichkeit einer Störung, die ihrer Sphäre entspringt, am besten prognostizieren können. Gefahren, die aus der neutralen Sphäre stammen, wird regelmäßig auch diejenige Partei am besten abschätzen können, in deren Sphäre sie sich auszuwirken drohen, da sie ihnen unmittelbar ausgesetzt ist und auch ihre potentiellen Folgen besser zu überblicken vermag.

Die Nähe dieses Lösungsansatzes zur überkommenen Sphärentheorie ist nicht zu verkennen. Im Unterschied zu der bisherigen Verwendung des Sphärengedankens führt dieser Begriff hier jedoch kein Eigenleben, sondern erfüllt eine bestimmte Aufgabe im Rahmen des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit, das ihm Konturen verleiht und zugleich seine Tragweite begrenzt. Der Begriff der Sphäre liefert nicht das einzige Kriterium für eine generell-typische Aussage über die Beherrschbarkeit. Daneben spielt sicherlich auch die arbeitsteilige Spezialisierung der Vertragsparteien eine Rolle, um nur eines der in Betracht kommenden Merkmale hervorzuheben, die im folgenden noch näher erarbeitet werden müssen.

III. Die Intensität der Zurechnung

Zurechnung auf der Basis der abstrakten Beherrschbarkeit heißt keineswegs, daß derjenige der Vertragspartner, der das Risiko nach generell-typischen Kriterien besser zu steuern imstande ist, *immer* die *gesamten* Folgen der Störung auf sich nehmen müßte, also den Schaden, den beide Parteien erleiden, zu tragen hätte. Man hat nämlich auch zu berücksichtigen, daß es einerseits Fälle gibt, in denen *ausschließlich* eine Partei das Risiko zu steuern in der Lage ist, weil die Störungsquelle in ihrem Internbereich liegt, und andererseits Fälle, in denen die Störungsfaktoren einem Bereich angehören, der für beide Parteien zugänglich ist. In der zweiten Fallvariante kann man vielfach lediglich von einem generell-typischen-Beherrschbarkeitsvorsprung sprechen. Es leuchtet ein, daß der bloße abstrakte Beherrschbarkeitsvorsprung eine geringere Risikobelastung rechtfertigen kann, als dies in Fällen ausschließlicher Beherrschbarkeit angebracht ist.

werden. (Polinsky, 87 Harvard Law Review, 1673 ff [1974]; ähnlich wohl auch Steindorff, Festschrift Raiser, S. 627; zweifelnd Posner, Analysis aaO, S. 342). Im übrigen ist zu betonen, daß die Rechts- und Verkehrssicherheit gegenüber dem Ziel optimaler Allokation einen eigenständigen Rechtswert darstellt, der zu einer Vernachlässigung wirtschaftlicher Effizienz führen kann. (Vgl. Horn, AcP 176, 333).

⁴⁵ Zur Schlüsselrolle der Generalisierung vgl. auch Calabresi/Hirschhoff, 81 Yale Law Journal, 1067 ff (1972), die sie freilich im Ergebnis nicht so weit treiben, wie das hier vorgeschlagen wird.

IV. Immanente Grenzen der abstrakten Beherrschbarkeit

Die Bedeutung des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit für eine Korrektur der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption liegt neben der Tatsache, daß es eine klar definierte Funktion erfüllt, vor allem darin, daß seine immanenten Grenzen erlauben, die Vertragsparteien von unzumutbaren Risiken zu befreien. Auch im Rahmen des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit, das einem nach generell-typischen Kriterien aufgebauten, selbststeuernden System zugrunde liegt, darf nicht völlig auf eine Einzelfallbetrachtung verzichtet werden und dem Normadressaten überlassen bleiben, wie er die konkreten Gefahren in den Griff bekommt.

Die Ausrichtung des selbststeuernden Systems an der Prävention von Störungen erfordert, daß die abstrakte Beherrschbarkeit von Risiken jedenfalls dort *verneint* wird, wo das die Störung auslösende Ereignis *evident* unbeherrschbar ist. In diesem Zusammenhang ist an hoheitliche Akte wie beispielsweise Steuergesetze zu denken, die die Erfüllung des Versprechens verteuern. Vom Standpunkt einer optimalen Gefahrenabwehr ist es klar, daß es hier nicht darum gehen kann, den Risikoträger durch eine Risikozurechnung zu einer Optimierung seiner Schutzvorkehrungen anzuregen, wenn bestimmte Gefahren offensichtlich unbeherrschbar sind. In einem solchen Fall scheidet eine Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit aus.

Das selbststeuernde System kann jedoch auch dann überfordert werden, wenn man dem nach allgemeinen Grundsätzen ausgewählten Normadressaten uneingeschränkt sämtliche Risiken zuweisen wollte, die sich nicht offensichtlich jeglicher Beherrschung entziehen. Gerade die auf in der Zukunft liegenden Störungsfaktoren beruhenden Risiken sind nicht immer zuverlässig zu kalkulieren. Nur zu leicht kann daher aus einer unzureichenden Berücksichtigung schwer einzuschätzender Risiken beträchtlicher wirtschaftlicher Schaden entstehen, ja der Zusammenbruch ganzer Unternehmen mit erheblichen Sekundärstörungen auf dem Markt verursacht werden. Es muß deshalb eine Schranke errichtet werden, die den Fähigkeiten des Risikoträgers zur Prognose der Wahrscheinlichkeit und des Ausmaßes eines Risikos Rechnung trägt. Obwohl auch die Frage der Vermeidbarkeit von Fehleinschätzungen zum Problemkreis der „Beherrschbarkeit“ gehört, wäre es natürlich verfehlt, dem Risikoträger anheimzustellen, die im Rahmen eines selbststeuernden Prozesses optimalen Methoden zur Kalkulation von Risiken zu entwickeln. Es bedarf vielmehr eines scharf umrissenen Merkmals, das den Bereich absteckt, innerhalb dessen von dem Normadressaten erwartet werden kann, daß er die Wahrscheinlichkeit eines Planungsfehlers und seine Konsequenzen richtig kalkuliert. Dieses Kriterium liefert die *Unvorhersehbarkeit* einer Störung,⁴⁶ von der man immer dann zu sprechen hat, wenn die Störung außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt. Bei völlig außergewöhnlichen Störungen, die auch im konkreten Fall nicht auf Grund besonderer Umstände vorhersehbar waren, entfällt somit die Möglichkeit, die daraus

⁴⁶ Vgl. hierzu unten S. 217 ff.

resultierenden Schäden derjenigen Partei zuzurechnen, die typischerweise in ihrer Struktur ähnliche, aber vorhersehbare Störungen besser in den Griff bekommen kann. Durch diese Einschränkung wird die „Abstraktheit“ der Beherrschbarkeit nicht tangiert, da bei allen vorhersehbaren Störungen nicht geprüft werden muß oder auch nur darf, ob der zu ihrer Verhinderung erforderliche Aufwand in angemessenem Verhältnis zum Erfolg steht. Es ist allein Sache des Risikoadressaten, darüber zu entscheiden, welche Vorkehrungen zur Gefahrenabwehr er für rentabel hält oder ob es kostengünstiger ist, etwaige Schäden in Kauf zu nehmen.

§ 2 Das Absorptionsprinzip

I. Legitimation und Aufgabe des Absorptionsprinzips

Das Absorptionsprinzip knüpft an die Fähigkeit der Parteien an, die *Auswirkungen* von Störungen, die nicht eingeplant worden sind, aufzufangen und das Risiko zu streuen.^{46a} Seine Bedeutung liegt vor allem bei den Risiken, die zwar vorhersehbar, aber offensichtlich nicht zu steuern sind.

Ebenso wie das Element der abstrakten Beherrschbarkeit ist auch das Absorptionsprinzip von dem durch die Wettbewerbsordnung anerkannten Ziel eines optimalen Einsatzes der in der Volkswirtschaft zur Verfügung stehenden Mittel her zu verstehen.

Sinnvolles Wirtschaften ist um so eher möglich, je besser Risiken gestreut werden können. Auf diesem Wege wird nämlich die Berechenbarkeit der Risiken entscheidend erhöht.⁴⁷ Umgekehrt können große Schäden, sei es in der Form nutzlosen Aufwandes, sei es als Folge von planungswidrigem Aufwand (Aufwandserhöhung oder Schadensersatz), die die Existenz von Wirtschaftseinheiten erschüttern und die in ihnen verkörperten wirtschaftlichen Werte zerstören, vermieden werden.⁴⁸ Derartige Störungen werden sich häufig nicht nur bei dem unmittelbar betroffenen Vertragspartner bemerkbar machen, sondern sich auch auf andere Wirtschaftseinheiten, die mit ihm zusammengearbeitet haben, fortpflanzen. Das Absorptionsprinzip wird also nicht an dem Ziel „Schutz des wirtschaftlich schwächeren Vertragspartners“ ausgerichtet. Es soll auch nicht schlechthin Existenzgefährdungen^{48a} vermeiden helfen. Das Argument, das Risiko sei nach der Größe des Vermögens, über

^{46a} Calabresi, Costs, aaO, S. 39 ff.

⁴⁷ Vgl. Weyers, Unfallschäden, S. 518.

⁴⁸ Vgl. Trimarchi, ZHR 136, 121; Calabresi, Costs aaO, S. 40; Morris, 70 Yale Law Journal, 556 (1961); Simitis, Verhandlungen des 47. DJT, S. C/ 75; Hannak, Die Verteilung von Schäden aus gefährlicher Kraft, S. 66.

^{48a} Zur Relevanz dieses topos im Rahmen der Risikoverteilung vgl. RGZ 99, 259; 100, 134; 102, 274 f.; 101, 79; 103, 178; Fikentscher, GG, S. 76; Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 456; Palandt-Heinrichs, BGB, § 242 Anm. 6 C d; wohl auch Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 181 f.; Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 234; Erman-Sirp, BGB, § 242 Anm. 172.

das die Vertragsparteien verfügen können, also nach dem „deep pocket“-Prinzip⁴⁹ zu verteilen,⁵⁰ liegt zwar von dem hier gewählten Ausgangspunkt sehr nahe;⁵¹ denn je finanzkräftiger eine Partei ist, um so leichter wird sie größere Schäden auffangen können. Das muß freilich nicht immer so sein. Unter Umständen kann sich der gleiche Schaden bei der an sich vermögenderen Partei bedeutend schmerzhafter bemerkbar machen, wie das Beispiel beweist, in dem sie durch die Risikobelastung gezwungen wird, geplante Investitionen aufzugeben, während ihr bedeutend minder bemittelter Partner sich genötigt sehen würde, Rücklagen aufzulösen, für die er im Moment ohnehin keine Verwendung hat.⁵² Ferner müßte man berücksichtigen, daß sich die Schäden, die der finanzkräftigeren Partei nur wegen ihrer finanziellen Leistungskraft zugerechnet werden, summieren können und damit insgesamt dieselbe Bedeutung wie ein Einzelschaden bei einem „Armen“ gewinnen.⁵³

Selbst wenn im Einzelfall die finanzkräftigere Partei das Risiko leichter auffangen könnte, muß das Vermögen außer Betracht bleiben. Das Absorptionsprinzip darf nämlich nicht mit dem Wettbewerbsprinzip in Konflikt geraten, das gleiche Startchancen auf dem Markt fordert.⁵⁴ Würde man der „deep pocket“ der Vertragsparteien im Rahmen des Absorptionsprinzipes Rechnung tragen, so hätte unter konkurrierenden Anbietern derjenige, der an sich leistungsfähiger ist und deshalb einen größeren Marktanteil errungen hat, größere Lasten einzukalkulieren und zu tragen als sein kleinerer Konkurrent, da er eher Gefahr läuft, daß er im Vergleich zu seinen Nachfragern die „deep pocket“ besitzt. Diese höheren Lasten kann er auch nicht ohne weiteres in den Preisen abwälzen, da er dann die Preise nach den Vermögensverhältnissen der Abnehmer differenzieren müßte, – ein offensichtlich undurchführbares Unterfangen.⁵⁵ Andererseits vermag er auch nicht einfach bei allen Kunden entsprechend seiner größeren Risikobelastung höhere Preise durchzusetzen, da der nominelle Preis im Wettbewerb eine zu große Signalwirkung ausübt und daher zu befürchten ist, daß die Nachfrager die Absorption von Risiken zu gering bewerten und auf die kleineren Konkurrenten abwandern.

Aus denselben Gründen kann auch der viel benutzte topos der Existenzgefährdung die Risikoverteilung nicht beeinflussen. Dem Auslesewettbewerb ist eindeutig der Vorrang vor einer Sicherung des wirtschaftlichen Fortbestandes schwacher Unternehmen einzuräumen.⁵⁶ Dort, wo die wirtschaftlichen und sozialen Folgen des

⁴⁹ Calabresi, Costs aaO, S. 39.

⁵⁰ Vgl. Denkschrift zum HGB, S. 259.

⁵¹ Vgl. Esser, Gefährdungshaftung aaO, S. 145; Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, S. 270, 290.

⁵² Vgl. Calabresi, Costs aaO, S. 39f.; Weyers, Unfallschäden, S. 517f.

⁵³ Vgl. Weyers, Unfallschäden, S. 528; ferner Krückmann, AcP 116, 358, aber auch Rabel, JW 21, 1598.

⁵⁴ Vgl. Koller, Der Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 33ff m. w. Nachw.

⁵⁵ Von den Schwierigkeiten, vor die man sich in Prozessen, in denen auf dieses Kriterium abgehoben wird, gestellt sieht, ganz abgesehen. Vgl. Morris, 61 Yale Law Journal, 1177 (1952).

⁵⁶ Zur Perpetuierung von Unternehmen vgl. Reuter, Schranken aaO, S. 79ff.

Unterganges eines Unternehmens untragbar sind, muß die Allgemeinheit gezielt helfen.⁵⁷ Eine vertragliche Risikoverteilungsregelung ist hierzu ungeeignet, – nicht nur, weil sie den Richter mit wirtschaftspolitischen Entscheidungen belasten, sondern weil sie auch dem jeweiligen Vertragspartner die Bürde einer Subvention auferlegen würde.

II. Der Adressat des Absorptionsprinzips

Auf der Grundlage des Absorptionsprinzips wird man grundsätzlich das Risiko derjenigen Partei aufzuerlegen haben, der die besten organisatorischen Mittel zur Risikostreuung zur Verfügung stehen. Als organisierte Methoden der Absorption kommen hier beispielsweise die Devisen- oder Warentermingeschäfte⁵⁸ in Betracht. Ferner ist an die Möglichkeit zu denken, daß eine Partei bestimmte Unternehmensvariablen so gestalten kann, daß sich Vor- und Nachteile desselben unvorhergesehenen Ereignisses weitgehend kompensieren.⁵⁹ Das wichtigste Mittel zur organisierten Bewältigung von Risiken ist die Versicherung.⁶⁰ Adressat des Absorptionsprinzips ist demnach diejenige Partei, die das Risiko mit dem geringsten Aufwand versichern kann.

Man kann die Faustregel aufstellen, daß die direkte Vorsorge für die durch das Risiko bedrohten Güter am billigsten sein dürfte. So wird beispielsweise der Schuldner als Eigentümer die zur Leistungserbringung eingesetzten Maschinen billiger versichern können als der Nachfrager, der die mit der Beschädigung der Maschinen verbundenen Risiken nur gelegentlich läuft.⁶¹ Irrelevant ist hingegen der Umstand, daß eine Vertragspartei den generell angebotenen Versicherungsschutz nicht erlangen kann, weil sie schlecht organisiert ist und zu geringe Anstrengungen zur Gefahrenabwehr macht.⁶² Diesen Wettbewerbsnachteil darf sie nicht ihrem Vertragspartner entgegenhalten.

Kann das gleiche Risiko von *beiden* Parteien durch Versicherungen abgedeckt werden, so ist die Gefahr normalerweise demjenigen der Vertragspartner aufzuerlegen, durch dessen individuelle Verhältnisse die Intensität des Risikos – in einer noch konkretisierungsbedürftigen Formulierung – maßgeblich bestimmt wird. Auf diese Weise soll ein Konflikt zwischen dem Absorptions- und dem Beherrschbarkeitsprinzip verhindert sowie sichergestellt werden, daß der Druck zu optimalen Siche-

⁵⁷ Zutreffend *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 34, daß das sozialstaatliche Gerechtigkeitsprinzip der Solidarität fordere, ein Sonderopfer nicht auf einen Einzelnen, sondern auf die Gesamtheit zu überwälzen.

⁵⁸ *Mertens/Rehbinder*, Internationales Kaufrecht, Art. 74 EKG, Anm. 24.

⁵⁹ Ein Exporteur kann beispielsweise in Höhe seiner Forderungen Forderungen eines Importeurs erwerben und einen Kursverlust durch den Gewinn aus den abgetretenen Forderungen ausgleichen. *Philipp*, Risiko und Risikopolitik, S. 74; vgl. auch RGZ 141, 219; ablehnend dazu *Larenz*, GG S. 86 ff.

⁶⁰ Vgl. *Schmidt-Salzer*, Produzentenhaftung, S. 295.

⁶¹ *Weyers*, Unfallschäden, S. 522 f; *Morris*, 61 Yale Law Journal, 1178 (1952).

⁶² Vgl. *Schmidt-Salzer*, Produzentenhaftung, S. 295.

rungsvorkehrungen nicht geschwächt wird. Es soll zugleich auch gewährleistet werden, daß der Schaden nicht auf Versicherungsnehmer abgewälzt wird, deren Interessen durch vergleichbare⁶³ Risiken unter keinen Umständen tangiert werden können.⁶⁴ Diesen Zielen ist auch dann Rechnung zu tragen, wenn nur eine Partei über eine Versicherungsmöglichkeit verfügt.

Soweit eine derartige Möglichkeit zur organisierten Risikostreuung nicht vorhanden ist und die Parteien darauf angewiesen sind, die Risiken aus ihren Rücklagen abzudecken, ist diejenige Partei als Adressat des Absorptionsprinzips anzusehen, die nach noch näher zu entwickelnden Kriterien das Ausmaß der Risiken exakter zu bewerten und deshalb auch eher ausreichende Rückstellungen zu bilden vermag. Soviel sei angedeutet: Dieser Kalkulationsvorsprung wird regelmäßig auf der Nähe zu den verschiedenen Risikofaktoren beruhen, sei es, daß sie der Sphäre einer der Parteien angehören, sei es, daß sie sich in ihr auswirken oder aber in den Bereich der beruflichen Spezialisierung fallen.

Eine die Risikozurechnung eröffnende Absorptionsmöglichkeit darf hingegen nicht allein auf den Umstand gestützt werden, daß eine der Parteien das Risiko über die Preise⁶⁵ auf ihre Kunden abzuwälzen imstande ist.⁶⁶

Findet der Austausch zwischen zwei Unternehmen statt, so steht ohnehin theoretisch⁶⁷ jedem der Vertragspartner die Abwälzung auf den anderen offen. Zum anderen hält die Annahme, der Schaden könnte einfach auf Kunden und Lieferanten abgewälzt werden, so daß dem Risikoträger keine größeren Nachteile entstehen,

⁶³ Hiermit ist das Problem der Externalisierung von Risiken angesprochen. Vgl. hierzu *Calabresi*, Costs aaO, S. 144 ff; ferner *Horn*, AcP 176 (1976) 330. Eine Externalisierung von Risiken ist völlig ausgeschlossen, wenn die zu einer Gruppe zusammengefaßten Schäden mit exakt der gleichen Wahrscheinlichkeit eintreten können und sich nur die Frage stellt, bei wem sie eintreten. Derartig homogene Schadensklassen wird man kaum bilden können. Vielfach lassen sich die Risiken nicht so genau bewerten. Vor allem ist Ausformung und Verwaltung völlig homogener Risikoklassen zu kostspielig (*Polinsky*, 87 Harvard Law Review, 1671 ff [1974]). Andererseits muß aber verhindert werden, daß dieselben Beiträge zur Risikostreuung geleistet werden, obwohl die Wahrscheinlichkeit eines Schadens stark divergiert. Die Rechtsordnung hat also dafür zu sorgen, daß nur solche Risiken zusammengefaßt und mit gleichen Risikoprämien belegt werden, bei denen die Wahrscheinlichkeit einer Störung nicht allzu weit auseinandergeht. *Polinsky*, 87 Harvard Law Review 1674 (1974) spricht hier von Kompromiß. Er kann im Bereich des dispositiven Rechts nur auf der Grundlage generell-typischer Merkmale erfolgen. Etwaige, hierdurch verursachte Allokationsverluste gehen auf das Konto der Praktikabilität und müssen gegebenenfalls im Wettbewerb einzelvertraglich bzw. durch AGB korrigiert werden.

⁶⁴ *Calabresi*, Costs aaO, S. 48 ff; *Kliege*, Rechtsprobleme aaO, S. 127.

⁶⁵ Natürlich nicht nur über die Preise, die von den Abnehmern gefordert werden, sondern auch über die Preise, die an Lieferanten bzw. Arbeitnehmer gezahlt werden, die – mit anderen Worten – auf dem Wege der Abwälzung „gedrückt“ werden. *Calabresi*, Costs aaO, S. 51; *Morris*, 70 Yale Law Journal, 585 f (1961).

⁶⁶ Zu weit geht *Köndgen*, Haftpflichtfunktion aaO, S. 35 Fn. 87 mit der Behauptung, die Zurechnung wegen besserer Abwälzungsmöglichkeiten sei geradezu der Verzicht auf Zurechnung.

⁶⁷ *Weyers*, Unfallschäden, S. 521.

näherer Untersuchung nicht stand. Der Umfang, in dem die Schäden über die Preise verlagert werden können, hängt nämlich entscheidend von der Art der Nachfrage und des Angebotes auf den vorgelagerten Märkten ab. Ist die Nachfrage beispielsweise recht elastisch, so kann ein Anbieter höhere Preise nur unter Verringerung der Produktionsmenge durchsetzen.⁶⁸ Bei einem monopolistischen Anbieter mag dies nur den Gewinn reduzieren. Auf wettbewerbsintensiven Märkten werden die Verluste aber zunächst in die eigene Tasche der Unternehmen wandern, bis der schwächste Anbieter zum Ausscheiden gezwungen ist.⁶⁹ Ist das Ausscheiden des schwächsten Anbieters eine Folge seiner submarginalen Fähigkeit zur Prävention von Störungen, so kann diese Auswirkung der Risikozurechnung ohne weiteres hingenommen werden. Sie liegt sogar im Sinne der Wettbewerbsordnung, die dafür sorgen soll, daß nur die leistungsfähigsten Unternehmen auf dem Markt tätig bleiben. Die Bedeutung des Absorptionsprinzipes liegt indessen gerade bei den Störungen, die offensichtlich nicht abgewendet werden können. Hier kann dem Vertrags- teil, der die Störungsfolgen nicht in ausreichendem Umfang weiterzugeben in der Lage ist, nicht inzident der Vorwurf mangelnder Leistungsfähigkeit gemacht werden, wenn die Marktverhältnisse keine volle Abwälzung der Risikofolgen erlauben. Allenfalls wäre zu erwägen, ob man die Risikozurechnung mit einer konkreten Prüfung der Frage verknüpft, welche der Parteien die Schäden besser Dritten aufbürden kann und in welchem Umfang sie dazu fähig ist. Dazu müßte man jedoch auf die Marktsituation nach Eintritt des Schadens abstellen. Das Urteil über die Risikoverteilung ließe sich somit endgültig erst unter großem Aufwand ex post fällen. Darüber hinaus müßte man bei dieser Ausformung des Absorptionsgedankens auch berücksichtigen, in welchem Ausmaß den Parteien die Möglichkeit zur Vorfinanzierung der ihnen ex post aufzuerlegenden Risiken offensteht; denn es ist klar, daß von dem Unternehmer, der an sich die Risikofolgen unter geringeren Verlusten auf seine Abnehmer abwälzen könnte, nicht ohne weiteres erwartet werden kann, daß er den gesamten Schaden binnen kürzester Frist durch entsprechende Preiserhöhungen auszugleichen in der Lage ist.

Diese Schwierigkeiten vermeidet man, wenn man das Absorptionsprinzip anhand von Faktoren konkretisiert, die schon bei Vertragsschluß erkennbar sind. Soweit das Risiko nicht versicherbar ist oder durch sonstige organisatorische Vorkehrungen gestreut werden kann, ist es dann Aufgabe derjenigen Partei, die die Gefahr besser abschätzen kann, bei der Vereinbarung des Preises entsprechende Risikoprämien einzukalkulieren und auf dieser Basis Rückstellungen zu bilden.

Das gilt auch für *Verbraucher*. Auch sie dürfen sich nicht einfach darauf berufen, daß der Unternehmer die Risiken über die Preise auf eine Vielzahl anderer Verbraucher abwälzen und dadurch atomisieren könne. Eine Unterscheidung zwischen Letztverbrauchern und Unternehmern liegt weder im Sinne der Wettbewerbsidee noch der gesetzlich geregelten Vertragstypen. Beide behandeln grundsätzlich den

⁶⁸ Das ist allerdings nicht zwangsläufig so. Vgl. *Morris*, 70 Yale Law Journal, 589 (1961).

⁶⁹ *Calabresi*, 70 Yale Law Journal, 519ff (1961); *Morris*, 70 Yale Law Journal, 585 (1961).

Verbraucher als Wirtschaftseinheit, von der man erwartet, daß sie bei dem Versuch, ihren Bedarf zu decken, gegebenenfalls Risikoprämien einkalkuliert und den Vertrag erst abschließt, wenn ihr der mit einem Risiko behaftete Nutzen die vereinbarte Vergütung samt der von ihr zu ermittelnden Risikoprämie wert ist. Auch beim Verbraucher wird mithin davon ausgegangen, daß er mit Hilfe der Risikokalkulation Kapital ansammelt, das es ihm erlaubt, Risiken, die sich realisieren, aufzufangen und so größere Friktionen im Bereich seiner Bedarfsdeckung zu vermeiden. Diese Erwartung ist vom Tatsächlichen her sicherlich nicht immer gerechtfertigt. Sie ist aber vom normativen Ausgangspunkt aus zwingend. Eine faktische Absorptionschwäche darf daher nur dort berücksichtigt werden, wo wie bei den Arbeitsverhältnissen sozialpolitisch legitimierte und rechtlich anerkannte Wertungen bereitstehen.

III. Stellenwert des Absorptionsprinzips im Verhältnis zum Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit

Normalerweise laufen bei vorhersehbaren und nicht evident unabwendbaren Gefahren das Absorptionsprinzip und das Element der abstrakten Beherrschbarkeit parallel und weisen das Risiko der gleichen Vertragspartei zu. Das ist nicht weiter erstaunlich, wenn man bedenkt, welche Rolle die Kalkulierbarkeit von Risiken für die Konkretisierung dieser Zurechnungselemente spielt. Absorptionsprinzip und abstrakte Beherrschbarkeit können aber auch in unterschiedliche Richtungen weisen. Regelmäßig wird man im Interesse einer größtmöglichen Prävention von Schäden das Risiko derjenigen Partei aufzuerlegen haben, die über einen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung verfügt oder die allein im abstrakten Sinne das Risiko zu steuern vermag. Eine entgegengesetzte Form der Risikoverteilung kann aber angebracht sein, falls der Absorptionsvorsprung derjenigen Partei, die das Risiko schlechter zu beherrschen vermag, sehr groß ist und weitere Risikoverteilungselemente für eine Entlastung derjenigen Partei sprechen, die nach „abstrakten“ Grundsätzen die Störung besser verhindern könnte. Dann geht die reibungslose Bewältigung von Risikofolgen dem Ziel vor, die Abwehr von Störungen zu optimieren. Als zusätzliche Elemente kommen hier insbesondere anerkannte sozialpolitische Wertungen in Betracht. Unter Umständen wird man aber auch allein einem durch organisatorische Vorkehrungen abgesicherten Absorptionsvorsprung den Vorrang vor einem gegenläufigen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung einräumen können, wenn die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten einer Partei recht schwach sind und der Vertragsgegner das Risiko einfach und zuverlässig mit Hilfe der ihm zur Verfügung stehenden organisatorischen Maßnahmen wie Versicherungen aufzufangen imstande war. Dabei muß freilich nach Möglichkeit verhindert werden, daß die Betonung der Risikoabsorption zu einer Externalisierung⁷⁰ der Risiken führt, – d.h., daß Dritte auch nur partiell mit Risikofolgen belastet werden, die zu der

⁷⁰ Vgl. Fn. 63.

relevanten Gefahr nur eine geringe Beziehung aufweisen, weil die Dritten nicht vergleichbaren Risiken ausgesetzt sind. Endgültiges läßt sich hier über das Verhältnis vom Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit zum Absorptionsprinzip nicht sagen, da man vor allem für das Urteil über die Intensität von Beherrschbarkeit einerseits und Absorption andererseits zusätzlicher konkreter Wertungen bedarf, die erst noch entwickelt werden müssen.

IV. Immanente Grenzen des Absorptionsprinzips

Die Zurechnung kraft Absorbierbarkeit endet grundsätzlich dort, wo Risikofolgen zu bewältigen sind, die ihrer Wahrscheinlichkeit oder ihrem Umfang nach *unvorhersehbar* sind. Insoweit existiert eine Parallele zum Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit. Die Absorbierbarkeit wird man ferner häufig auch dann zu verneinen haben, wenn die mit bestimmten Austauschverträgen verbundenen Risiken von Einzelvertrag zu Einzelvertrag stark schwanken und daher mangels ausreichender Erfahrungssätze nur unzureichend kalkuliert werden können.

§ 3 Das Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung

Im Bereich der vom Wettbewerbsgedanken geprägten Austauschverträge stellen das abstrakte Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip die stärksten verschuldensunabhängigen Zurechnungselemente dar. Die Tragweite dieser Elemente ist freilich nur begrenzt. *Unvorhersehbare* Risiken können beispielsweise mit ihrer Hilfe nicht zugeordnet werden. Gleiches gilt in den Fällen, in denen nach generell – typischen Kriterien beide Parteien über die *gleichen* Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten verfügen. Vom Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken her läßt sich hier nicht mehr entscheiden, welcher der Parteien das Risiko zuzuordnen ist. Es muß daher zur Lösung dieser Fälle ein zusätzliches Zurechnungsprinzip eingeführt werden, das *nur dort* wirksam wird, wo das Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip keine klare Aussage über die Risikoverteilung erlauben.

Dieses Zurechnungselement ist das Prinzip der arbeitsteiligen Veranlassung. Ihm zufolge hat jede Partei die Risiken zu tragen, die ihr Vertragspartner in ihrem Interesse eingegangen ist.

Das Veranlassungsprinzip ist dem bekannten topos, „Interesse und Gefahr müssen sich entsprechen“, ⁷¹ eng verwandt. Allerdings ist dieses Risikoverteilungskriterium in seiner weiten Formulierung heute zu Recht diskreditiert. ⁷² Beim Austauschvertrag läßt sich nämlich das Risiko nicht allein anhand des topos „Gleichlauf von Nutzen und Gefahr“ zuordnen, da beiden Seiten an dem Austausch gelegen ist. Der Sachleistungsgläubiger bedient sich des Schuldners, um seinen Bedarf zu decken,

⁷¹ Unger, Handeln auf eigene Gefahr, JherJb 30, 366ff.

⁷² Wilburg, Elemente aaO, S. 12.

während der Schuldner an dem Entgelt interessiert ist, mit dem er seinerseits seine Bedürfnisse befriedigen will. Von diesem Ausgangspunkt aus läßt sich daher die Frage, welche der Parteien mit welchen Risiken zu belasten ist, nicht beantworten.⁷³

Das Merkmal des „Interesses“ am Austausch kann erst dann für eine Risikozurechnung fruchtbar gemacht werden, wenn man es einer wertenden Auslese unterworfen hat. Die hierzu erforderlichen Wertungen können mit dem Veranlassungsprinzip aus der Rolle der Vertragsparteien im Prozeß der Arbeitsteilung abgeleitet werden. Der Gläubiger schaltet den Schuldner ein, um seine Bedürfnisse zu befriedigen. Er *verlagert* also in einem arbeitsteiligen Prozeß *Risiken* auf den Schuldner, die er hätte tragen müssen, wenn er die Deckung seines Bedarfes selbst in Angriff genommen hätte. So müßte der Gläubiger, der sich das von ihm benötigte Wirtschaftsgut selbst verschaffen will, ebenso mit der Gefahr rechnen, daß der Aufwand entgegen seiner Planung steigt, wie dies der Schuldner tun muß, der die Leistung im Rahmen eines Austauschverhältnisses zu erbringen hat. Bei einer Selbstversorgung müßte der Gläubiger ferner die Gefahr hinnehmen, daß sich der personelle und sachliche Aufwand, den er getrieben hatte, als nutzlos erweist, weil er ein zur Bedarfsdeckung geeignetes Gut nicht zu erlangen vermag oder sich aber seine Bedürfnisse bzw. die Einsatzmöglichkeiten für dieses Gut gewandelt haben. Das Veranlassungsprinzip verhindert somit von seinem gedanklichen Ansatz her, daß sich der Nachfrager der im Bedürfnisbefriedigungsprozeß auftretenden Risiken ohne weiteres durch die arbeitsteilige Einschaltung Dritter entledigen kann. Die Gefahr von Fehlplanungen bleibt demnach in Austauschverhältnissen zunächst bei der Vertragspartei liegen, in deren Interesse das Risiko eingegangen worden war.

Diese Perspektive ermöglicht es, das einheitliche Austauschverhältnis in zwei Austauschprozesse zu spalten, die unter wechselseitiger Veranlassung von Risiken nebeneinander herlaufen. In dem üblichen Austauschverhältnis, in dem eine Sachleistung mit einer Geldleistung vergütet wird, „veranlaßt“ also in diesem Sinne der Sachleistungsgläubiger in Hinblick auf die Sachleistung den Sachleistungsschuldner, der seinerseits in seiner Rolle als Geldgläubiger den Geldschuldner, der zugleich auch als Sachleistungsgläubiger auftritt, zur Eingehung von Risiken in Hinblick auf die Erbringung der Geldleistung „veranlaßt“. In jedem dieser Austauschprozesse ist sowohl der Einfluß der arbeitsteiligen Veranlassung als auch der abstrakten Beherrschbarkeit sowie Absorption gesondert zu prüfen.

Gegen das arbeitsteilige Veranlassungsprinzip mag man einwenden, daß es den arbeitsteiligen Austausch allzusehr vereinfache. Darüber hinaus – kann man vorbringen – sei häufig zu beobachten, daß der Schuldner in Abweichung vom dispositiven Recht Risiken auf sich nehme, die er nach allgemeinen Grundsätzen keineswegs besser beherrschen oder absorbieren könne. Der zweite Einwand erscheint nicht besonders gravierend. Beruht die Risikoverlagerung nicht auf der Ausübung von Marktmacht, so ist die Tatsache, daß sich die Parteien zu einer atypischen

⁷³ G. Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 97f.

Verteilung von Risiken entschlossen haben, nur ein Zeichen dafür, daß diejenige Partei, die das Risiko übernommen hat, es ausnahmsweise kostengünstiger bewältigen kann. Hat der Schuldner dieses Risiko übernommen, so erbringt er im wirtschaftlichen Sinne eine zusätzliche Leistung. Diese Leistung ist nur insoweit am Veranlassungsprinzip zu messen, als das übernommene Risiko ungeahnte Formen annimmt. Das Veranlassungsprinzip ist – und damit ist der erste Einwand angesprochen – lediglich ein Auffangtatbestand,⁷⁴ der der Beobachtung Rechnung trägt, daß das Gesetz den Gläubiger stärker mit Risiken belastet als den Schuldner, auch wenn die Störungsquelle für beide Teile gleich gut vorhersehbar und steuerbar ist. Das zeigt sich deutlich an der unterschiedlichen Intensität der Zurechnung von Gläubiger- und Schuldnerverzug. Diese Divergenz kann nur erklärt werden, wenn man auf ein stark verkürztes Modell der Arbeitsteilung zurückgreift, das auf der heute zweifellos realitätsfernen Prämisse beruht, daß jeder Gläubiger potentiell in der Lage ist, den konkreten Bedarf selbst zu decken. Bei aller Realitätsferne spiegelt es aber doch die rechtlich verfestigte Wertung wider, daß derjenige, der einen anderen in seinem Interesse arbeitsteilig tätig werden läßt, auch die damit verbundenen Risiken zu tragen habe.

Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei hier nochmals betont, daß das Veranlassungsprinzip bei Austauschverträgen trotz seines weiten Ansatzes nur einen beschränkten Wert besitzt. Es wird im Einklang mit den Zielen der Wettbewerbsordnung immer durch die auf eine optimale Allokation der Ressourcen und die Beschleunigung des technischen sowie organisatorischen Fortschrittes ausgerichteten abstrakten Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzipien *verdrängt*. Auch dann, wenn es durch diese Prinzipien nicht überlagert wird, ist es häufig noch zu weit. Es müssen daher in Grenzfällen weitere Zurechnungselemente eingeführt werden. Das alles kann aber die These, daß es sich bei dem Veranlassungsprinzip um einen Rechtsgedanken von zentraler Bedeutung handelt, nicht entkräften; denn jede Art der Risikozurechnung, die im Widerspruch zum Veranlassungsprinzip steht, muß sich die Frage gefallen lassen, wie sie die Durchbrechung der vom reinen Kostendenken her richtigen Form der Risikoordnung rechtfertigt.

§ 4 Zusammenfassung

Bei der Korrektur der ursprünglichen Konzeption der Risikoverteilung spielen drei Zurechnungselemente eine zentrale Rolle: das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit, das Absorptionsprinzip und das Veranlassungsprinzip.

Das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit, das seit jeher im Rahmen der Lehre von der Risikozurechnung eine wesentliche Rolle gespielt hat, wird maßgeblich durch den rechtlich institutionalisierten Wettbewerbsgedanken geprägt. Ebenso wie dieser dient es dazu, die Parteien mit einem Optimum an Einfallsreichtum zu einer

⁷⁴ Das Veranlassungsprinzip hat also reine Distributionsfunktion. Vgl. hierzu *Calabresi/Hirschhoff*, 81 Yale Law Journal, 1076ff, bes. 1083 (1972).

Minimierung von Risiken und Schäden zu bewegen. Dieser Anreiz wird dadurch geschaffen, daß die Rechtsordnung dem Zurechnungsadressaten ohne Rücksicht auf Verschulden nach generell-typischen Kriterien alle Risiken auferlegt und ihm die Entscheidung überläßt, ob er – falls dies für ihn rentabel ist – die Risiken ausschaltet oder ob er deren Folgen in Form erhöhten Aufwandes bzw. einer Schadensersatzverpflichtung hinnimmt. Als Zurechnungsadressat ist daher normalerweise diejenige Partei auszuwählen, die am besten die Rentabilität von Abwehrmaßnahmen zu beurteilen vermag. Das ist regelmäßig derjenige Vertragspartner, aus dessen Sphäre die Gefahr entspringt oder in dessen Sphäre sich das Risiko zunächst ausgewirkt hat. Die Grenze der Beherrschbarkeit liegt bei den Fällen hoheitlicher Gewalt oder bei gänzlich unvorhersehbaren Störungen.

Ein Risiko, das unbeherrschbar ist, läßt sich gegebenenfalls zumindest auffangen und streuen. Auf diese Weise können die wirtschaftlichen Folgen für die mit dem Risiko belastete Partei überschaubar gehalten werden. Dieser Gedanke liegt dem Absorptionsprinzip zugrunde. Zurechnungsadressat ist auch hier diejenige Partei, die nach generell-typischen Kriterien über die besten organisatorischen Mittel zur Kalkulation oder Streuung (z.B. Versicherung) des Risikos verfügt. Die Grenze der Zurechnung ist hier ebenfalls grundsätzlich die Unvorhersehbarkeit der Gefahr.

Das Veranlassungsprinzip greift als subsidiäres Auffangkriterium dort ein, wo beide Parteien das Risiko gleich effizient beherrschen und auffangen können oder dazu etwa wegen der Unvorhersehbarkeit der Störung außerstande sind. Es gründet auf dem Gedanken, daß derjenige, der einen anderen in seinem Interesse tätig werden läßt, auch für die damit verbundenen Risiken einstehen soll.

Drittes Kapitel

Die Prinzipien abstrakter Beherrschbarkeit, Absorption sowie arbeitsteiliger Veranlassung als anerkannte Risikozurechnungsgründe.

Die Elemente der „abstrakten Beherrschbarkeit“ und „Absorbierbarkeit“ sowie der Gedanke arbeitsteiliger Veranlassung von Risiken haben sich im BGB und seinen Nebengesetzen in zahlreichen, die verschuldensunabhängige Risikozurechnung in Austauschverhältnissen ordnenden Normen niedergeschlagen. Freilich tritt ihre Wirkung nicht immer *offen* zutage. Nur relativ selten lassen sich aus den *Gesetzesmaterialien* eindeutige Indizien entnehmen, die ihren Einfluß beweisen. Dort, wo solche klaren Anhaltspunkte fehlen, resultieren daraus intensive Auseinandersetzungen in Literatur und Rechtsprechung, in welcher Richtung die *ratio legis* zu suchen ist und wie diese Vorschriften auszulegen sind. Diese Interpretationsprobleme lassen sich durchwegs überzeugend lösen, sobald man versucht, die Normen von den Zurechnungselementen der Beherrschbarkeit, Absorption sowie arbeitsteiligen Veranlassung her zu erklären. Diesem Vorgehen kann man sicherlich den Vorwurf des teleologischen Zirkels machen, weil im Hintergrund der konkreten Auslegung bereits die postulierten Prinzipien stehen. Die Gefahr eines solchen Zirkels ist jedoch allem „Verstehen“ eigentümlich. Ob es gelingt, ihr auszuweichen, hängt letztlich davon ab, inwieweit es mit Hilfe dieser – im vorigen Kapitel kurz umrissenen – Zurechnungselemente möglich ist, die *ratio* der in ihrem Gehalt umstrittenen Risikoverteilungsvorschriften einleuchtender zu erklären und besser mit der marktwirtschaftlichen Ordnung in Einklang zu bringen, als dies bisher der Fall war.¹

Mit der folgenden Analyse sollen zugleich auch die Ansätze für die Lösung einer weiteren Aufgabe erarbeitet werden. Die aus der gesetzlich anerkannten Wettbewerbsidee und der Natur der Arbeitsteilung abgeleiteten Beherrschbarkeits-, Absorptions- und Veranlassungsprinzipien sind natürlich noch nicht so konkret, daß sich aus ihnen jegliche Konfliktlösung ableiten ließe. Wie bei anderen Prinzipien auch muß die Arbeit der Konkretisierung erst noch geleistet werden, in der sich deren ganze Tragweite herauschält. Dabei sind nicht im Prinzip enthaltene Einzelwertungen und *topoi* nicht nur erlaubt, sondern anerkanntermaßen notwendig, um die für die Rechtsanwendung erforderliche Bestimmtheit zu erreichen. Eine ganze Reihe dieser Konkretisierungsmerkmale wird sich aus der Untersuchung der Vorschriften gewinnen lassen, die das Risiko der Leistungserschwerung und Zweckstörung in Abweichung von den §§ 275, 279, 323 BGB sowie der allgemeinen Regel, daß der Gläubiger das Verwendungsrisiko zu tragen habe, zuweisen.

¹ Zur Frage des teleologischen Zirkels, vgl. statt aller *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, S. 90 m. weit. Nachw.

§ 1 Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit

Die Untersuchung des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit im überkommenen Risikoverteilungssystem liefert nicht nur den Nachweis seines Einflusses und die zu seiner Konkretisierung erforderlichen generell-typischen Kriterien, sondern auch Wertungen, die eine unterschiedliche Behandlung von *einseitiger* Beherrschbarkeit und bloßem Beherrschbarkeitsvorsprung sowie *Gegenwarts-* und *Zukunfts-*risiken rechtfertigen.

So kann bei *gegenwartsbezogenen* Risiken die *einseitige* abstrakte Beherrschbarkeit der Gefahr durch den Schuldner dazu führen, daß der Schuldner mit planungswidrigem Aufwand in Form einer Schadensersatzpflicht belastet wird, die das Interesse des Gläubigers am Austausch in Geld widerspiegelt, während diese Variante planungswidrigen Aufwandes bei *zukunftsbezogenen* Gefahren grundsätzlich von einem Verschulden des Gläubigers abhängt. *Auch* bei *gegenwartsbezogenen* Gefahren wird dem Schuldner das Risiko einer Schadensersatzpflicht aber nur dann auferlegt, falls er das Risiko *allein* zu beherrschen imstande ist. Der Anspruch auf das positive Interesse entfällt, wenn der Gläubiger das Risiko *ebenfalls* zu beherrschen in der Lage ist, mag auch der Schuldner über einen klaren Beherrschbarkeitsvorsprung verfügen.

Für die Verteilung der Preisgefahr bei Primär- oder Sekundärzweckstörungen ist es hingegen irrelevant, ob der Planungsfehler, der eine Unmöglichkeit der Leistung oder ihre Unbrauchbarkeit auslöste, auf einer Unkenntnis der bei Vertragsschluß bereits erkennbaren Störungsursachen oder auf einer Fehleinschätzung der zukünftigen Entwicklung beruht. Für die Zurechnung der Preisgefahr an einen der Vertragspartner ist es auch nicht notwendig, daß dieser das Risiko allein beherrschen kann. Hier genügt ein Beherrschbarkeitsvorsprung, um ihm das Risiko zuzuweisen. Wo beide Parteien das Risiko gleich gut zu steuern imstande sind und auch andere Risikoverteilungselemente nicht für die Risikobelastung einer bestimmten Partei sprechen, gibt der Veranlassungsgedanke den Ausschlag.

Im folgenden soll zunächst dem Einfluß des Beherrschbarkeitsprinzips auf die Zuordnung des Risikos planungswidrigen Aufwandes nachgegangen werden. Dabei ist zwischen *gegenwarts-* und *zukunftsbezogenen* Gefahren zu differenzieren. Anschließend sind die Vorschriften zu analysieren, die die Verteilung der Gefahr nutzlosen Aufwandes, d.h. der Preisgefahr regeln.

*I. Abstrakte Beherrschbarkeit und Risiko planungswidrigen Aufwandes
(Aufwandserhöhung – Schadensersatz)*

*1. Der Einfluß der abstrakten Beherrschbarkeit auf die Verteilung
gegenwartsbezogener Risiken planungswidrigen Aufwandes*

a) § 306 BGB

Ein erstes Indiz für den Einfluß des Beherrschbarkeitsprinzips in der überkommenen Risikoverteilungsordnung liefert § 306 BGB. Diese Vorschrift *entlastet* den

Schuldner von dem Risiko, sein Versprechen mit dem Surrogat „Geld“ erfüllen zu müssen, weil der Gläubiger typischerweise *ebenfalls* das Risiko, daß eine objektiv unmögliche Leistung versprochen wird, hätte *vermeiden* können.

In der Literatur und Rechtsprechung wird allerdings die Bedeutung des Beherrschbarkeitsprinzips für den § 306 BGB nahezu durchwegs verkannt.

Man verweist stattdessen auf die historische Wurzel² dieser Vorschrift in der Parömie „impossibilium nulla obligatio est“. Diese ratio hat indessen viel von ihrer Überzeugungskraft eingebüßt, seit allgemein anerkannt ist, daß die Rechtsordnung das Leistungsversprechen ohne weiteres in dem Sinn aufrecht erhalten kann, daß der Verpflichtete das Interesse des Gläubigers mit Hilfe von Surrogaten (z. B. Geld) zu erfüllen hat.³

Man hat sich daher gezwungen gesehen, weitere Risikoverteilungselemente ins Spiel zu bringen, ohne daß damit eine einleuchtende Erklärung des § 306 BGB gelungen wäre. Das gilt einmal für das Argument, beim Vertrag über eine objektiv unmögliche Leistung hätten sich beide Teile *geirrt*; denn der Vertrag müßte zumindest dann gültig sein, wenn eine der Parteien die Unmöglichkeit kannte.⁴ Auch wird man kaum behaupten können, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag stets „von vornherein *zweck-, sinn- und gegenstandslos*“⁵ sei. Das mag man für richtig halten, wo absurde, evident unmögliche Leistungen versprochen werden,⁶ zumal es bei derartigen Versprechen kaum möglich sein wird, ein Äquivalent für die zugesagte Leistung zu ermitteln.⁷

Dies allein rechtfertigt es aber keinesfalls, den Schutz der Rechtsordnung von vornherein über die offensichtlich unhaltbaren Versprechen hinaus auf realisierbare Interessen zu beschränken. Aus der Sicht des Käufers ist es zum Beispiel völlig gleichgültig,⁸ ob der Verkäufer sein Wort nicht hält und ihn damit mit dem Problem von Fehlinvestitionen konfrontiert, weil der Verkäufer das veräußerte Objekt nicht zu beschaffen vermag oder weil es bei Vertragsschluß bereits untergegangen ist.⁹ Das Interesse des Gläubigers, seinen Bedarf zu decken und nicht die Gefahr sinnlo-

² Wieacker, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 800f; Wollenschläger, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, S. 7ff, 76f, 153ff; kritisch Medicus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt., 86 (1969), 70ff.

³ Ballerstedt, Festschrift Nipperdey (1955), S. 270f; Lüderitz, Studienkommentar (StudK) zum BGB, § 306 Anm. I; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 244; vgl. auch Rabel, Festschrift Bekker, S. 718.

⁴ Larenz, SchR I, S. 88; Esser, SchR I, 4. Aufl. S. 205; Staudinger-Werner, BGB, § 306 Anm. 1.

⁵ Larenz, SchR I, S. 88; ähnlich Staudinger-Werner, BGB, § 306 Anm. 1; Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 84.

⁶ Vgl. Rabel, Festschrift Bekker, S. 178, 227; Titze, Unmöglichkeit, S. 239; Eckstein, Arch-BürgR 37, 414; A. Blomeyer, SchR, S. 87.

⁷ Rabel, Festschrift Bekker, S. 226; das stellt Medicus, Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Rom. Abt. 86 (1969), 75ff in den Vordergrund.

⁸ Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung, S. 140.

⁹ Rabel, Festschrift Bekker, S. 212; Titze, Unmöglichkeit, S. 244; Heck, SchR, S. 140; Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 133.

ser Dispositionen zu laufen, ist durchaus real¹⁰ und in der Regel auch ohne Schwierigkeiten zu berechnen.

Vereinzelte klingt auch der Beherrschbarkeitsgedanke an.

So plädiert Beuthien¹¹ dafür, den Schuldner auf das positive Interesse haften zu lassen, wenn der Grund für die Leistungsunmöglichkeit in dessen Risikosphäre liege, also vornehmlich dann, wenn der Schuldner vor Vertragsschluß die zur Unmöglichkeit führende Störung abzuwehren vermochte.¹² Nur bei beiderseits risikoneutralen Leistungshindernissen, zu denen vor allem die Fälle höherer Gewalt gehören, passe die mit § 323 I BGB vergleichbare Vorschrift des § 306 BGB.

Der Beherrschbarkeitsgedanke trägt die Restriktion des § 306 BGB wohl auch dort, wo der Schuldner, der eine höchstpersönliche Dienst- oder Werkleistung verspricht, zu der er schon bei Vertragsschluß außerstande ist, zum Schadensersatz verpflichtet wird, indem man diese Fallgruppe aus dem Bereich der anfänglichen Unmöglichkeit ausklammert und unmittelbar¹³ bzw. mittelbar¹⁴ dem anfänglichen Unvermögen gleichstellt.¹⁵

Von den Beherrschungsmöglichkeiten der Parteien her argumentiert auch Zweigert.¹⁶ Seiner Auffassung zufolge dürfe § 306 BGB nur in Fällen absurder Versprechen zur Anwendung kommen, deren Erfüllung augenscheinlich dem natürlichen Lauf der Dinge widerspreche oder aufgrund von Tatsachen, die beide Parteien kennen,¹⁷ rechtlich unmöglich sei. Das begründet er damit, daß beide Vertragspartner den Irrtum hätten aufklären können. Bei verkehrsblichen Geschäften, die ausnahmsweise von Anfang an unmöglich seien, müsse hingegen der Schuldner das volle Risiko auf sich nehmen, da er „näher dran“ sei und die Gefahr besser beherrsche.¹⁸

In der hier vorgetragenen Form wird das Beherrschbarkeitsprinzip zu undifferenziert eingesetzt. Das gilt sowohl für den Ansatzpunkt des Beherrschbarkeitsgedankens als auch für die Gewichtung der beiderseitigen Beherrschungsmöglichkeiten. Bei einer Fehlplanung aufgrund unzulänglicher Berücksichtigung von Gegenwarts-

¹⁰ *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 178 f; vgl. ferner *A. Blomeyer*, SchR, S. 87; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 244.

¹¹ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 140.

¹² Darüber hinaus rechnet er dem Schuldner Störungen zu, die allein als „sein Schicksal“ erscheinen. Dazu unten S. 194.

¹³ Vgl. *Staudinger-Werner*, BGB, vor § 275 Anm. 21, § 306 Anm. 3.

¹⁴ *Larenz*, SchR I, S. 91.

¹⁵ OLG Hamburg, SeuffArch 65 Nr. 160; im Ergebnis zustimmend *Rabel*, Warenkauf I, S. 122; *Heck*, SchR, S. 141; *A. Blomeyer*, SchR, S. 88; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 135; *Staudinger-Werner*, BGB, § 306 Anm. 38.

¹⁶ *Zweigert*, SJZ 49, 416; so auch *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 437 Anm. 2; ähnlich *Ganten*, Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht, S. 37; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 5.

¹⁷ *Rabel*, Warenkauf I, S. 121.

¹⁸ So auch *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 228; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 244 befürwortet hier die Restriktion auf Verschuldenshaftung.

faktoren kann es für die Risikozurechnung nicht darauf ankommen, ob der Schuldner die zur Unmöglichkeit führende Störung abzuwehren vermochte, sondern nur darauf, ob er die Unmöglichkeit hätte erkennen können und deshalb ein Leistungsversprechen erst gar nicht abgegeben hätte.¹⁹ Man darf nun aber auch nicht einfach das volle Risiko derjenigen Partei auferlegen, die es im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit hätte besser steuern können. Damit würde man nämlich den § 306 BGB zu einem Schattendasein verdammen. Vor allem aber würde man den Umstand außer acht lassen, daß regelmäßig *auch der Gläubiger* imstande ist, das Risiko zu beherrschen. Diesem Umstand hat der historische Gesetzgeber großes Gewicht beigemessen. In der zweiten Kommission wurde nämlich die Beschränkung der Schadensersatzpflicht auf das negative Interesse (§ 307 BGB) auf die beiderseitigen Beherrschungsmöglichkeiten gestützt. Eine Ausdehnung der Schadensersatzpflicht auf das positive Interesse wurde mit der Begründung abgelehnt, „... ein Verkehrsbedürfnis könne in dieser Richtung auch nicht anerkannt werden. Beide vertragschließenden Theile seien in der Lage, über die Existenz des Gegenstandes der Leistung Ermittlungen anzustellen. Täuschen sie sich beide, so sei es unbillig, den Versprechenden für den unglücklichen Zufall der Unmöglichkeit der Leistung eintreten zu lassen“.²⁰

Die Tatsache, daß normalerweise beide Parteien in der Lage sind, Ermittlungen über die Möglichkeit der Leistung anzustellen, also das Risiko zu beherrschen, rechtfertigt natürlich nicht nur die Begrenzung der verschuldensabhängigen Haftpflicht, sondern erst recht der verschuldensunabhängigen Risikozurechnung. Zwar vermag der Schuldner das Risiko besser zu beherrschen. Da sich typischerweise aber *auch der Gläubiger* unter entsprechendem Aufwand über die Leistungsfähigkeit des Schuldners vergewissern und auf diese Weise Fehlinvestitionen und sonstige Enttäuschungen verhindern kann, wird der Schuldner durch § 306 BGB von dem Risiko entlastet, Schadensersatz leisten zu müssen.²¹

Aus der Sicht einer Optimierung der Faktor-Allokation steht das Gesetz nämlich vor der Frage, ob sich ein Verlust des Gläubigers besser durch eine Risikobelastung des Schuldners oder des Gläubigers verhüten lassen würde. Für eine effizientere Risikosteuerung durch den Schuldner spricht dessen Informationsvorsprung in Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit, daß die Leistung schon bei Vertragsschluß unmöglich ist. Für eine Quantifizierung des rentablen Abwehraufwandes bedarf es aber auch noch der Information über den Umfang des potentiellen Schadens. Insoweit besitzt normalerweise der Gläubiger einen klaren Informationsvorteil, da die Höhe des Verlustes durch die geplante Verwendung der Leistung diktiert wird (§ 252 BGB). Der dritte für die Kosten-Nutzen-Analyse wesentliche Faktor, nämlich die Kosten, die erforderlich sind, um sich über die Möglichkeit der Leistung zu vergewissern, ist für beide Parteien gleich gut zugänglich. Beide Parteien stehen mithin gleichermaßen vor dem Problem, den rentablen Abwehraufwand nicht genau

¹⁹ Eingehender unten S. 265 ff.

²⁰ Prot I, S. 453.

²¹ Das verkennen *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 245, weshalb sie auch die Parallele zu § 459 BGB nicht sehen.

bemessen zu können, weil die hierzu notwendigen Daten in der Sphäre ihres jeweiligen Vertragspartners liegen. Nun ist zwar anzunehmen, daß dem Schuldner vielfach die faktische Erforschung seiner „Leistungsfähigkeit“ mit geringerem Aufwand möglich sein wird. Dies allein reicht nach Ansicht des Gesetzes aber nicht aus, um nach Grundsätzen abstrakter Beherrschbarkeit dem Schuldner einen Verlust des Gläubigers zuzurechnen. § 306 BGB steht auf dem Standpunkt, daß beide Parteien Zugriffsmöglichkeiten besitzen und in generalisierender Betrachtungsweise die Rentabilität einer Verifizierung der Planungsfaktoren“ „Leistungsfähigkeit“ und „drohender Verlust“ gleich gut oder gleich schlecht bewerten können. In dieser Pattsituation gibt der Veranlassungsgedanke²² den Ausschlag. Dem Gläubiger fällt daher die Aufgabe zu, der Frage nachzugehen, ob die Leistung bei Vertragsschluß überhaupt erbringbar ist, wenn ihm dies angesichts der Höhe des ihm drohenden Verlustes angemessen erscheint. Die Kosten einer Nachforschung mögen für den Gläubiger in der Regel unrentabel sein und deshalb erst gar nicht ernsthaft in Erwägung gezogen werden. Im Sinne der als selbststeuerndes System²³ formulierten abstrakten Beherrschbarkeit ist die Frage, ob das Risiko im konkreten Fall mit angemessenem Aufwand hätte gesteuert werden können, jedoch irrelevant. Für die abstrakte Beherrschbarkeit des Risikos ist allein maßgeblich, daß es vom Zurechnungssubjekt vorhergesehen und in den Griff bekommen werden konnte. Das ist in den von § 306 BGB erfaßten Fällen anfänglicher Unmöglichkeit, sei es, daß sie auf einem rechtlichen Hindernis beruhen, sei es, daß das Leistungsobjekt untergegangen ist, immer zu bejahen.

Die Beherrschung des Risikos bleibt dem Gläubiger allerdings dort verschlossen, wo das Leistungshindernis wie bei der höchstpersönlichen Leistungsunfähigkeit im *internen* Bereich des Schuldners liegt, den der Gläubiger nicht zu kontrollieren imstande ist. Dort ist in der Tat die Restriktion des § 306 BGB angebracht.

Der bloße abstrakte Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners in Hinblick auf die Erbringbarkeit der Leistung reicht mithin nach Ansicht des Gesetzgebers nicht aus, um ihm das volle Risiko der anfänglichen Unmöglichkeit aufzuerlegen.

b) § 437 BGB

Diese Deutung des § 306 BGB wird durch den § 437 BGB bestätigt, der gewissermaßen spiegelbildlich anfängliche Leistungsstörungen erfaßt, die typischerweise *allein* der Schuldner zu beherrschen vermag, und für sie eine Schadensersatzpflicht statuiert.

Die verschuldensunabhängige Haftung des Verkäufers für den Bestand des Rechtes wird freilich im allgemeinen nicht positiv auf die Beherrschbarkeit dieses Risikos durch den Schuldner gestützt, sondern lediglich aus dem besonderen Schutzbedürfnis²⁴ des Käufers hergeleitet. Der Erwerber sei erhöhten Gefahren²⁵ ausgesetzt, weil

²² Vgl. oben S. 95 f.

²³ Vgl. oben S. 80.

²⁴ Larenz, SchR II, S. 116; Fikentscher, SchR, S. 371.

²⁵ Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 127.

er sich wegen der fehlenden Verkörperung des Rechtes nicht selbst über dessen Existenz informieren könne. Auf die Frage, warum der Käufer schutzwürdig ist, wird nicht näher eingegangen. Manche Autoren bezeichnen den § 437 BGB – ohne diese Wertung näher zu begründen – als eine „Art Garantie“.²⁶ Schließlich wird die Ansicht vertreten, daß die scharfe Haftung unmittelbar dem Versprechen entspringe.²⁷

Diese Interpretationsansätze vermögen jedoch nicht zu befriedigen. Wenn auf die im Vergleich zum Sachkauf gesteigerte Schutzbedürftigkeit des Erwerbers eines Rechtes hingewiesen wird, so folgt daraus lediglich, daß dem Käufer eines verkörperten Objektes wegen der ihm zur Verfügung stehenden Informationsmöglichkeiten ein größerer Anteil des Risikos aufgebürdet werden kann. Aus diesem Indiz darf aber nicht umgekehrt der Schluß gezogen werden, daß gerade der Veräußerer die Risiken auf sich zu nehmen habe, denen sich der Käufer beim Rechtskauf in vermehrtem Umfang ausgesetzt sieht. Die *Schutzbedürftigkeit* schlägt nicht ohne weiteres in eine *Schutzwürdigkeit* um. Das fehlende Glied ersetzt auch nicht das *isolierte Versprechen*, wenn man bedenkt, daß der Schuldner in zahlreichen anderen Fällen, in denen die Leistung nicht erbracht werden kann, nur für sorgfältiges Verhalten einzustehen hat.²⁸

Die ratio des § 437 BGB wird man mithin nicht allein im Versprechen der Leistung, sondern darüber hinaus in dem Umstand zu erblicken haben, daß der „Bestand des Rechtes“ ein in der „*Gegenwart*“ liegendes Planungsdatum darstellt, über dessen Existenz sich *ausschließlich* der Veräußerer *zuverlässig* zu informieren vermag.²⁹ Wesentliche, für den Bestand des Rechtes relevante Faktoren liegen *im betrieblichen oder persönlichen Bereich des Verkäufers*, den dieser so organisieren kann, daß ihm die für ein Urteil über die Existenz des Rechtes erheblichen Daten nicht entgehen. Tut er das nicht, weil es ihm unrentabel erscheint, so vermag er immerhin die Größe des Risikos, ob das Recht gar nicht entstanden oder bei Vertragsschluß schon untergegangen ist, abzuschätzen.

Allerdings liegt der Einwand nahe, daß man den § 437 I BGB seines praktischen Anwendungsbereiches völlig berauben würde, wenn man ihn ausschließlich von den Beherrschungsmöglichkeiten des Veräußerers her verstehen wollte. Man müßte dann nämlich eine Haftung des Verkäufers überall dort verneinen, wo die Faktoren, die die Entstehung des Rechtes hindern bzw. seinen Untergang auslösen, nicht unmittelbar in den Organisationsbereich des Schuldners fallen, sondern in der

²⁶ Vgl. BGH, NJW 53, 379; OLG Hamburg, MDR 54, 299; OLG München, NJW 71, 1807; auch *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 124 ff.

²⁷ RGZ 68, 293; *Heck*, SchR, S. 286; *Esser*, SchR II, S. 19 Fn. 12; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 424; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 437 Anm. 1; *Flume*, Eigenschaftsirrtum und Kauf, S. 46, 165 f.

²⁸ *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 71, der allerdings nur vage darauf hinweist, daß sich § 437 BGB auch in der Form der Verschuldenshaftung denken ließe.

²⁹ *Müller-Erzbach*, Festschrift H. Lehmann (1937), S. 147 f; in diese Richtung weist auch *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 133.

Sphäre des Rechtsvorgängers bzw. bei vertraglich begründeten Rechten im Bereich des Drittschuldners liegen. In diesem Zusammenhang ist an die Fälle zu denken, in denen schon der Schuldner nur ein angebliches Patentrecht erworben hat oder in denen der Drittschuldner wegen eines für den Veräußerer unerkennbaren Inhaltsirrtums anfißt. Hierher wird man auch die Konstellation zu zählen haben, daß eine angebliche Forderung auf Übereignung einer bestimmten Sache verkauft wird, die jedoch zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits ohne Verschulden des Drittschuldners untergegangen war.

Dieser Einwand ist indessen nur dann begründet, wenn man das Zurechnungselement „abstrakte Beherrschbarkeit“ zu eng faßt und ausschließlich auf den Schuldner bezieht. Die Zurechnung des Risikos im Rahmen des § 437 I BGB basiert jedoch nicht nur auf den Beherrschungsmöglichkeiten des Schuldners, sondern u. a. auch auf der Fähigkeit der Rechtsvorgänger und Drittschuldner, das Risiko in den Griff zu bekommen. Der Schuldner sowie seine Rechtsvorgänger und der mit ihm verbundene Drittschuldner werden vom § 437 I BGB als *Funktionseinheiten*³⁰ zusammengefaßt, die dem Erwerber vollen Schadensersatz zu leisten haben. Der Schuldner vermag nämlich in nahezu allen Fällen, in denen er die Gefahr selbst zu steuern außerstande ist, das Risiko auf den Rechtsvorgänger bzw. den Drittschuldner abzuwälzen, die sich das Risiko des Rechtsmangels ihrerseits zurechnen lassen müssen. So hat der Drittschuldner, der den Vertrag wegen eines Irrtums anfißt, dem Verkäufer der Forderung das Vertrauensinteresse und damit mittelbar das positive Interesse des Erwerbers zu ersetzen. Desgleichen kann der Schuldner auf seine Rechtsvorgänger zurückgreifen, die ihm das angebliche Recht übertragen haben, unabhängig davon, ob sie oder diejenigen Personen, von denen sie ihr Recht ableiten, das Risiko hätten typischerweise minimieren können. Daneben stehen Rückgriffsmöglichkeiten aus anderen Gründen. Diese Befugnis, sich beim Rechtsvorgänger bzw. beim Drittschuldner zu erholen, ist durch die Verjährung kaum gefährdet.³¹ Der Schuldner hat allenfalls den Ausfall im Konkurs zu befürchten; der daraus resultierende Schaden kann jedoch dem Veräußerer, der sich seinen Vertragspartner ausgesucht und auf ausreichende Sicherheiten verzichtet hat, ohne weiteres zugemutet werden. § 437 I BGB stellt mithin sicher, daß die Risikofolgen in aller Regel letztlich denjenigen in der Transaktionskette³² treffen, der normalerweise die Gefahr eines Rechtsmangels am ehesten zu bannen vermag oder doch das Risiko aufgrund anderer Zurechnungselemente wie dem Absorptionsprinzip auf sich zu nehmen hat.³³

³⁰ Vgl. hierzu die Argumentation im Rahmen des § 278 BGB bei *Larenz*, SchR I, S. 242 f.; *Soergel-R. Schmidt*, BGB, § 278 Anm. 1; *Feder*, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, S. 33.

³¹ RGZ 116, 285 ff.; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 196 Anm. 1.

³² Vgl. *Trimarchi*, ZHR 136, 130 f.

³³ Davon ist allerdings dort eine Ausnahme zu machen, wo eine Forderung verschenkt wurde (§ 523 I BGB). Dieser Umstand geht zu Lasten desjenigen Verkäufers, der trotz fehlender Rückgriffsmöglichkeiten sich blindlings auf die Angaben seines Rechtsvorgängers verläßt und nicht Vorsorge trifft, daß er nicht selbst in Anspruch genommen werden kann.

Freilich ist zugegeben, daß § 437 I BGB dem Schuldner die Gefahr, daß das Recht schon bei Vertragsschluß nicht (mehr) besteht, auch dort auferlegt, wo ihm das Risiko zu beherrschen offensichtlich verwehrt ist und er sich auch bei seinem früheren Austauschpartner nicht schadlos halten kann. Darin kommt das für die BGB-Normen charakteristische Streben nach Rechtssicherheit durch umfassende Generalisierung zum Ausdruck. Man wird daher den § 437 I BGB in Fällen evident unbeherrschbarer Risiken verstärkt restringieren müssen,³⁴ ihn andererseits aber auch analog heranzuziehen haben, wo zwar der Schuldner, nicht aber der Gläubiger das Risiko zu steuern vermag.³⁵

c) Die Restriktion des § 437 I BGB

Zu einer Restriktion des § 437 I BGB haben sich Rechtsprechung und Rechtslehre denn auch bezeichnenderweise dort entschlossen, wo das Risiko eines Rechtsmangels entweder vom Schuldner offensichtlich überhaupt nicht gesteuert oder aber – ähnlich wie in den von § 306 BGB erfaßten Konstellationen – von beiden Parteien im abstrakten Sinne beherrscht werden kann.

So lehnte das RG³⁶ in der „Vorbenutzungs“-Entscheidung einen Schadensersatzanspruch des Käufers in einem Fall ab, in dem der Verkäufer eines Patentes dem Erwerber kein uneingeschränktes Ausschlußrecht verschaffen konnte, weil die Erfindung bereits von dritter Seite benutzt bzw. die zu ihrer Nutzung erforderlichen Anstalten getroffen worden waren (§ 7 PatG). Die aus § 7 PatG abgeleitete Einschränkung des Patentrechtes entsteht auch dann, wenn die faktische Vorbenutzung ein Internum eines anderen Unternehmens geblieben und als Betriebsgeheimnis behandelt worden ist.³⁷ In die Interna anderer Betriebe vermag der Verkäufer selbst bei größten Anstrengungen nicht einzudringen. Das Risiko ist evident unbeherrschbar. Das RG führte daher zu Recht aus, daß es sich bei den Umständen, die typischerweise einen Rechtsmangel verursachen oder auf den Bestand des Rechtes einwirken, „um Rechtsverhältnisse oder Tatsachen (handle), von denen der Verkäufer eines Rechtes wenigstens in der Regel Kenntnis haben kann“. Die Situation sei bei einem Vorbenutzungsrecht im Sinne des § 7 PatG ganz anders gelagert. Dessen Wirksamkeit hänge nicht von seiner Offenkundigkeit ab, so daß es der Veräußerer normalerweise unmöglich in Erfahrung bringen könne. Dem Verkäufer gleichwohl

³⁴ So taucht ein seltsamer Wertungswiderspruch im folgenden Fall auf: Geht ein verkauftes Objekt kurz vor der Veräußerung der Forderung unter, ohne daß der Drittschuldner dies zu vertreten gehabt hätte, so haftet der Veräußerer bei unbefangener Interpretation des § 437 BGB auf das Erfüllungsinteresse. Wechselt man nur die Verschaffungsmodalität aus, wird also nicht die Forderung auf Übereignung, sondern die Sache selbst weiterverkauft, so ist der Vertrag gemäß § 306 BGB nichtig, obwohl die Interessenlage der Parteien gerade im Hinblick auf die ihnen zur Verfügung stehenden Kontrollmöglichkeiten kongruent ist.

³⁵ Vgl. auch *Heck*, *SchR*, S. 140f.

³⁶ RGZ 78, 363 (366 ff).

³⁷ *Lindenmaier-Weiss*, PatG, § 7 Anm. 9; *Benkard-Bock-Bruchhausen*, PatG, § 7 Anm. 13; vgl. ferner BGH, GRUR 69, 35 ff zur Relevanz des Benutzungswillens.

die volle Gewährleistung für die Lückenlosigkeit des Ausschlußrechtes aufzubürden, erscheine als unbillige, unbegründete Härte.

Die *beiderseitige* Beherrschbarkeit des Risikos rechtfertigt die Restriktion des § 437 I BGB in folgenden drei Fallgruppen:

Zum einen bei dem Verkauf von Rechten, die ihrer Art nach unmöglich existieren können; zum anderen dort, wo die für die Erkenntnis der rechtlichen Unmöglichkeit relevanten Umstände im Versprechen offenbart werden; schließlich bei der Übertragung gewerblicher Schutzrechte, die mangels Patentfähigkeit mit *ex-tunc*-Wirkung für nichtig erklärt werden.

Die Bedeutung des Beherrschbarkeitsgedankens für die Restriktion des § 437 BGB wird allerdings in Literatur und Rechtsprechung nahezu durchwegs übersehen.

Die Schadensersatzpflicht des Verkäufers, der ein Recht, das *seiner Art nach unmöglich Bestand* haben kann, veräußert, wird unter Hinweis auf den § 306 BGB verneint.³⁸ Wenn die Entstehung eines verkauften Rechtes lediglich aus rechtlichen Gründen undenkbar ist, so sei das Vertrauen des Erwerbers in den Bestand des Rechtes nicht schutzwürdig.³⁹ Der Käufer sei nämlich beim Erwerb derartiger Rechte nicht den beim Rechtskauf typischerweise erhöhten Gefahren ausgesetzt,⁴⁰ die aus der fehlenden Verkörperung des Rechtes resultieren, da er sich, wie beim Verkauf einer Sache, nicht auf die Versicherungen des Verkäufers verlassen müsse, ob der angebotene Gegenstand überhaupt existieren könne.

Auf § 306 BGB wird auch die Risikoverteilung in den Fällen gestützt, in denen zwar die veräußerten Rechte ihrer Art nach durchaus existieren können, die Unmöglichkeit der Leistung sich aber *aus dem Versprechen* ergibt. So wurde der Verkauf eines Gebrauchsmusterrechtes für einen mit Reklamen versehenen Briefumschlag für nichtig erachtet, weil ein Gebrauchsmusterschutz für Reklamezwecke nicht begründet werden könne.⁴¹ Auf der gleichen Linie liegen Entscheidungen, die Patentverkäufe dem § 306 BGB unterstellen, falls die in den Patenten erfaßten Ideen mit *naturgesetzlicher Notwendigkeit* unausführbar⁴² und mithin nicht patentwürdig sind.⁴³

Einen besonderen Fallkomplex bildet die *Nichtigkeitserklärung gewerblicher Schutzrechte*. Patente können nachträglich mit *ex-tunc*-Wirkung vernichtet werden,

³⁸ RGZ 68, 292; 78, 11 ff; 90, 244; RG, JW 32, 1836; MuW, 30, 252 f; BGH, GRUR 60, 45; *Staudinger-Ostler*, BGB, § 437 Anm. 17; *Palandt-Putzo*, BGB, § 437 Anm. 1 a; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 437 Anm. 1; *Lindenmaier-Weiss*, PatG, § 9 Anm. 11; *Benkard-Bock-Bruchhausen*, PatG, § 9 Anm. 19; *Larenz*, SchR II, S. 116; *Esser*, SchR II, S. 20; *Fikentscher*, SchR, S. 371; *P. Schwerdtner*, GRUR 68, 21; *Nirke*, Festschrift Wilde, S. 161.

³⁹ *Staudinger-Ostler*, BGB, § 437 Anm. 17.

⁴⁰ *Larenz*, SchR II, S. 116; *Fikentscher*, SchR, S. 371.

⁴¹ RGZ 68, 292 f.

⁴² RG, MuW 30, 252; GRUR 34, 542; BGH, GRUR 60, 45; *Benkard-Bock-Bruchhausen*, PatG, § 9 Anm. 19; *Lindenmaier-Weiss*, PatG, § 9 Anm. 11; a. A. *Rasch*, Lizenzvertrag, S. 26.

⁴³ *Nirke*, Festschrift Wilde, S. 161; *Lindenmaier*, GRUR 55, 511; weitergehend *Möhring*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte, 1969, 297.

wenn sich später herausstellt, daß die Erfindungsidee nicht neu war, daß sie zur Zeit der Anmeldung bereits offenkundig vorbenutzt oder in Druckschriften aus den letzten hundert Jahren beschrieben worden war. Gleiches gilt, falls der Erfindung nachträglich der ausreichende technische Fortschritt abgesprochen wird (§§ 13 I 1 i. V. m. 1, 2 PatG). In derartigen Fällen wird der Schutz des Verkäufers eines Patenten vor einer aus § 437 I BGB entspringenden Schadensersatzpflicht aus dem besonderen Wagnis hergeleitet,⁴⁴ das mit Verträgen über Patente zwangsläufig verbunden sei. Das Patentgesetz gehe von der Fiktion aus, daß jeder Fachmann die gesamten Veröffentlichungen und Techniken seines Fachgebietes weltweit kenne. In Wirklichkeit sei es natürlich ohne weiteres denkbar, daß der Veräußerer eine Vorveröffentlichung oder Vorbenutzung trotz intensiver Nachforschungen übersehen habe und sie erst nach Jahren durch Zufall entdeckt wird.⁴⁵ Das gelte erst recht für die Frage der Fortschrittlichkeit der zur Patentierung angemeldeten Idee und ihrer Erfindungshöhe. Auch hier beruhe das Patentgesetz auf der Fiktion, daß unter den Fachleuten ein gemeinsamer Maßstab in Hinblick auf den Grad des zu fordernden technischen Fortschrittes existiere,⁴⁶ während in Wahrheit unkalkulierbare Ermessensentscheidungen getroffen werden müßten. Der Veräußerer könne somit derartige Mängel nicht immer vorhersehen. Da auch der Erwerber mit der Gefahr einer Vernichtung des Patenten rechnen könne, sei es unangemessen, die volle Verantwortung für solche Leistungshindernisse dem Verkäufer aufzuerlegen.⁴⁷

Zum selben Ergebnis gelangen in Anschluß an Lindenmaier⁴⁸ der BGH⁴⁹ und die neuere Kommentarliteratur⁵⁰ mit Hilfe der Geschäftsgrundlagen-Figur. Dem Patentrecht sei die Gefahr, daß es aufgrund von Umständen beseitigt werden könne, die bei Vertragsschluß unbekannt seien, eigentümlich. Dieser jedem Vertrag über Patente innewohnende Risikofaktor müsse dazu führen, die Erwartung, das bei Vertragsschluß bestehende Patent werde nicht mit ex-tunc-Wirkung aufgehoben, als Geschäftsgrundlage zu qualifizieren.

Die Restriktion des § 437 BGB ist mit einer Parallele zu § 306 BGB nur vordergründig und mit den Argumenten, aus der Vernichtbarkeit eines Patenten resultiere ein besonderes Wagnis bzw. der fortdauernde Bestand des gewerblichen Schutzrechts stelle die Geschäftsgrundlage des Verkaufes dar, unzureichend begründet. Am nächsten kommt die herrschende Meinung dem Beherrschbarkeitsprinzip dort, wo sie zur Einschränkung der Haftung aus § 437 BGB auf § 306 BGB verweist.

⁴⁴ RGZ 33, 103f; 78, 363; 163, 8; RG, GRUR 35, 308; 36, 1059; BGH, GRUR 57, 596; 61, 468; Lindenmaier, GRUR 55, 510; Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz, S. 148.

⁴⁵ Vgl. Moser v. Filseck, GRUR 69, 42.

⁴⁶ Mediger, GRUR 68, 564.

⁴⁷ BGH, GRUR 61, 29; Moser v. Filseck, GRUR 69, 412; Trüstedt, GRUR 39, 516ff; Hubmann, Rechtsschutz aaO, S. 148; Rasch, Lizenzvertrag, S. 8.

⁴⁸ Lindenmaier, GRUR 55, 509ff.

⁴⁹ BGH, GRUR 57, 596; 58, 177; 58, 231; 61, 468; 69, 411.

⁵⁰ Lindenmaier-Weiss, PatG, § 9 Anm. 13; Benkard-Bock-Bruchhausen, PatG, § 9 Anm. 23; Busse, PatG, § 9 Anm. 7 und 21.

Wie bereits oben dargetan wurde, hat der Schuldner bei *anfänglicher Unmöglichkeit* nur deshalb nicht das *volle* Risiko seines planungswidrigen Aufwandes unter Einschuß einer Schadensersatzpflicht auf sich zu nehmen, weil *auch* der Gläubiger in der Lage ist, die Unmöglichkeit der Erfüllung zu *erkennen*. Kann ein Recht schon seiner Gattung nach nicht existieren, so vermag der Gläubiger dieses Leistungshindernis, das der geplanten Bedarfsdeckung dauernd im Wege steht, zuverlässig zu eruieren. Er braucht dazu weder auf Umstände zurückzugreifen, die in der Vergangenheit liegen und daher von ihm nicht mehr mit Sicherheit rekonstruiert werden können, noch Faktoren heranzuziehen, die zu den Interna des Veräußerers gehören.⁵¹ Für die Risikobeherrschung genügt eine *richtige Beurteilung der Rechtslage* auf der Grundlage *der dem Käufer bekannten Tatsachen*.⁵² Das gilt auch für die Fälle, in denen der Käufer dem *Versprechen* und den *Vorverhandlungen* entnehmen kann, daß das angebotene Recht nicht entstanden ist.

Bei dem Verkauf eines Patentes, das wegen *technischer Unausführbarkeit* nichtig ist, kann man sicherlich nicht von einem auf den ersten Blick unsinnigen Geschäft sprechen, das keinerlei Rechtsschutz verdiene. Ob eine Erfindung technisch realisierbar ist oder ob sich ihr unüberwindbare technische Hindernisse entgegenstellen, läßt sich vielfach erst nach eingehender Erprobung sagen.

Das ist letztlich auch gar nicht entscheidungserheblich. Die Restriktion des § 437 BGB ist hier allein deshalb angebracht, weil sich der Erwerber *nicht* auf die Versicherungen des Verkäufers *zu verlassen braucht* und *selbst* fähig ist, die technische Ausführbarkeit zu überprüfen.⁵³ Die für die Prüfung der technischen Ausführbarkeit notwendigen Daten sind für den Interessenten teils aus dem Angebot einer bestimmten Erfindungsidee erkennbar, teils liegen sie in der neutralen Sphäre, d. h. im Bereich des allgemeinen technologischen Wissens, das Verkäufer und Käufer zugänglich ist. Der potentielle Käufer vermag also selbstverantwortlich die technische Ausführbarkeit der Erfindung zu untersuchen, bevor er sich zum Kauf entschließt. Ob er eine derartige Prüfung angesichts seiner individuellen Verwendungszwecke, die die Intensität des Risikos maßgeblich beeinflussen, für rentabel hält oder sich mit einem mehr oder minder großen Risikoabschlag begnügt, bleibt ihm im Einklang mit dem Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit überlassen.

Auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsgedankens läßt sich auch die Restriktion des § 437 BGB in den Fällen der *Vernichtung eines Patentes mit ex-tunc-Wirkung* (§ 13 I 1 PatG) bedeutend besser als mit der „Wagnis“- bzw. der Geschäftsgrundlagen-Theorie erklären.

Die Theorie, daß der Bestand des Patentes *Geschäftsgrundlage* sei, weil mit den

⁵¹ Von daher läßt sich auch die Verneinung einer Schadensersatzpflicht in einem Fall erklären, in dem ein Recht verpachtet wurde, das dem Pächter aufgrund Gemeingebrauches ohnehin zustand. RGZ 132, 402; ebenso RGZ 80, 311; zustimmend *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 306 Anm. 3.

⁵² Vgl. *Larenz*, SchR II, S. 116.

⁵³ *Rabel*, RheinZt 1911, 467.

Patentkäufen ein besonderes Wagnis verbunden sei, setzt sich zu der Regel^{53a} in Widerspruch, daß aleatorische und sonstige Spekulationsgeschäfte nur dann unter Berufung auf den Wegfall der Vertragsgrundlage in Frage gestellt werden dürfen, wenn sich eine ganz außergewöhnliche Gefahr realisiert hat. Allein das vom BGH formulierte Ziel, „in zwangsloser Weise die Lösung des Lizenznehmers vom Vertrag und die Bestimmung des Umfangs der geschuldeten Leistung“⁵⁴ zu erreichen und „unter Berücksichtigung aller Umstände den Belangen der Beteiligten am besten gerecht zu werden“,⁵⁴ rechtfertigt nicht die vorzeitige Aufgabe der gesetzlichen Wertungen und die Flucht in die Billigkeit. Andernfalls ließe sich der Einsatz der Geschäftsgrundlagen-Figur nicht auf die Fälle des Verkaufes von gewerblichen Schutzrechten und ihrer späteren Nichtigkeitserklärung begrenzen, da auch bei anderen Rechten häufig mit schwer erkennbaren Mängeln zu rechnen ist.

Deshalb liefert auch die „Wagnis“-Theorie kein einleuchtendes Entscheidungskriterium. Wie J. Baur⁵⁵ treffend bemerkt, kann aus der bloßen Existenz eines Wagnisses noch nicht auf die Art der Risikoverteilung geschlossen werden, solange ungeklärt bleibt, warum gerade der Käufer und nicht der Verkäufer das bekannte Risiko einkalkulieren soll.⁵⁶ Man könnte allenfalls argumentieren, gerade bei Patentrechtsverkäufen sei die Haftung aus § 437 I BGB eine unzumutbare Härte,⁵⁷ weil sie die Gefahr riesiger Schadensersatzpflichten nach sich ziehe, die mit angemessenen Mitteln nicht zu vermeiden sei. Da die Restriktion aber nicht von dem Ausmaß des dem Erwerber im Einzelfall drohenden Schadens, den der Veräußerer gegebenenfalls ersetzen müßte, als vielmehr von der *erhöhten* Gefahr beim Patentverkauf abhängig gemacht wird, hätte man konsequenterweise bei sämtlichen Rechtskäufen die Schadensersatzpflicht aus § 437 I BGB überall dort zu verneinen, wo der Verkäufer bei verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht erkennen konnte, daß das Recht gar nicht zur Entstehung gelangt oder vernichtbar war.⁵⁸

Die Restriktion des § 437 BGB leuchtet indessen sofort ein, sobald man sie auf die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten des Käufers stützt.⁵⁹ Der Erwerber vermag bei ausreichendem Aufwand die für die Bestandskraft des Patentbesitzes wesentlichen, tatsächlichen Risikofaktoren *ohne Hilfe*⁶⁰ des Veräußerers zu eruieren. Vorveröffentlichung und Vorbenutzung der Erfindungsidee sind in diesem Sinne offenkundig. Beruht die Offenkundigkeit auch auf der Fiktion eines umfassenden, aktuellen Wissens, so besitzen doch beide Vertragsparteien *die Chance*, sich über den Stand

^{53a} Siehe 1. Kap. S. 44 f., 4. Kap. S. 217 ff.

⁵⁴ BGH, GRUR 57, 596.

⁵⁵ J. Baur, ZHR 129, 14.

⁵⁶ Trüstedt, GRUR 39, 517.

⁵⁷ In diese Richtung argumentiert RGZ 78, 366.

⁵⁸ Dahin tendiert P. Schwerdtner, GRUR 68, 21, wenn er § 437 BGB vom Prinzip der Sachnähe her interpretiert und damit wohl die konkrete Beherrschbarkeit meint, wenn er nicht mit der Wertung des § 459 BGB in Konflikt geraten will.

⁵⁹ Ansätze bei Nirk, Festschrift Wilde, S. 155 f.

⁶⁰ RG, JW 32, 1837 zu dem Verkauf einer „durchaus nicht neuen Erfindung“. Vgl. ferner Prot. I, S. 453.

der publizierten oder praktizierten technischen Methoden und Fertigkeiten zu informieren⁶¹ und gegebenenfalls ihre Planung zu berichtigen. Dieselbe Konstellation der Beherrschungsmöglichkeiten ist auch bei der Beurteilung der Erfindungshöhe gegeben. Mögen auch die Kriterien für den Maßstab einer aner kennenswerten Erfindung verschwimmen, so wird man doch sagen können, daß sich normalerweise der Erwerber ebenfalls ein sicheres Urteil darüber bilden kann, ob das Patent gegen Nichtigkeitsklagen gefeit ist.⁶²

Gegen diese Deutung der Restriktionen des § 437 I BGB von der dem Käufer zuzurechnenden Beherrschbarkeit des Risikos her könnte man freilich versuchen, den § 437 II BGB ins Feld zu führen. Danach haftet der Verkäufer eines Wertpapiers auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist. Das Aufgebot des Rechtes gehört nun fraglos zu den offenkundigen, der neutralen Sphäre angehörenden, von beiden Parteien beherrschbaren Risikofaktoren. Es besagt jedoch noch nicht, daß das aufgebotene Recht in Wirklichkeit nicht dem Verkäufer zustehe. Dieser kann vielmehr im Aufgebotsverfahren seine Berechtigung noch nachweisen. Ob dieser Nachweis gelingen oder ob sich das die geplante Bedürfnisbefriedigung gefährdende Risiko realisieren wird, vermag allerdings der Käufer nicht mit Gewißheit abzuschätzen. Das Gesetz hat daher den Käufer nicht gezwungen abzuwarten, ob das Wertpapier wirklich rechtskräftig für kraftlos erklärt wird oder nicht, sondern den Verkäufer, der typischerweise *allein* die Intensität der Gefährdung der aus dem Wertpapier fließenden Rechtsstellung zu beurteilen vermag, zum Schadensersatz verpflichtet.

d) § 436 BGB

Die Relevanz des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit für die Zuordnung von planungswidrigem Aufwand in Form von Schadensersatz erhellt auch § 436 BGB. Diese Vorschrift gehört in die Reihe der Normen, bei denen der Beherrschbarkeitsgedanke *auch auf Seiten des Gläubigers eingreift* und damit die Zurechnung des Risikos an den Schuldner abschwächt.

§ 436 BGB entbindet den Verkäufer von der Haftung für die Rechtsmängelfreiheit der von ihm veräußerten Sache, falls der Rechtsmangel auf der Belastung des Grundstücks mit öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten beruht, die zur Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind. In den Motiven wird zu seiner Begründung angeführt, daß die Kenntnis von dem Vorhandensein der auf einem Grundstück ruhenden Lasten bei dem Erwerber in der Regel vorauszusetzen sei und „eventuell es seine Sache ist, sich nach deren Vorhandensein zu erkundigen“.⁶³

Der historische Gesetzgeber hat damit klar die Abwälzung des Risikos auf den Gläubiger aus dessen abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten abgeleitet. Zwar ist die Behauptung, daß der Erwerber die öffentlichen Lasten kenne, eine durch nichts begründete Unterstellung. Auf die Kenntnis des Käufers kommt es aber auch gar nicht an. Für eine Risikoentlastung des Schuldners genügt es schon, daß sich sein

⁶¹ Im Ergebnis zutreffend daher auch OLG München, NJW 71, 1807.

⁶² Die Restriktion des § 437 BGB ist auch dort richtig, wo das Risiko unbeherrschbar ist, da dann beide Parteien die Gefahr nicht steuern können und der Veranlassungsgedanke den Ausschlag gibt. Vgl. hierzu S. 95 ff.

⁶³ Mot. II, S. 215.

Vertragspartner ausreichend über Existenz und Umfang der Hindernisse informieren kann, die bei Vertragsschluß dem geplanten Austausch im Wege stehen. Die hierzu notwendigen Daten, die Lage des Grundstückes und die Normen des objektiven Rechts, die den öffentlichen Lasten zugrunde liegen, sind ihm ohne weiteres zugänglich. Er muß also nur noch die notwendigen Mittel einsetzen, um die Gefahr auszuschalten, daß das von ihm erworbene Objekt wider Erwarten mit öffentlichen Lasten beschwert ist. Diese abstrakte Beherrschungsmöglichkeit rechtfertigt es somit, daß der Verkäufer bei den aus der Existenz von öffentlichen Lasten stammenden Planungsfehlern *jedenfalls* vom Risiko eines planungswidrigen Aufwandes in Form des Ersatzes des Erfüllungsinteresses befreit wird.⁶⁴ Ob der Verkäufer in den Fällen, in denen er ein Grundstück veräußert, auf dem eine dem Käufer unbekannte öffentliche Last ruht, seinerseits einen Beherrschbarkeitsvorsprung besitzt und daher ein Minderungsrecht des Käufers angebracht erscheint,⁶⁵ kann hier dahingestellt bleiben.

e) § 439 I BGB

In § 439 I BGB tritt die prägende Kraft des Beherrschbarkeitsgedankens nicht so deutlich in Erscheinung.

Dieser Vorschrift zufolge hat der Verkäufer einen Mangel im Recht, der nicht unter die öffentlichen Lasten eines Grundstückes fällt, nur dann nicht zu vertreten, wenn der Käufer ihn bei Abschluß des Vertrages positiv kannte. Nach herrschender Ansicht soll die bloße Kenntnis der Tatsachen, auf die sich der Rechtsmangel gründet, nicht für die Entlastung des Veräußerers genügen. Hat sich der Erwerber allerdings bloß über die Tragweite des rechtlich richtig qualifizierten Mangels geirrt, so wird ihm der Irrtum voll zugerechnet.⁶⁶ Weiß der Käufer beispielsweise, daß der Verkäufer lediglich Vorerbe ist, so wird hierdurch der Verkäufer nicht entlastet; denn der Verkäufer kann die Verfügung ja mit Einwilligung des Nacherben tätigen. Die Kenntnis schadet ihm aber, wenn er glaubt, das Veräußerungsverbot wirke nur obligatorisch.

Die ganz überwiegende Meinung in Literatur⁶⁷ und Rechtsprechung⁶⁸ sieht nun im Anschluß an den historischen Gesetzgeber⁶⁹ die ratio dieser Risikoentlastung des Schuldners in einem Verzicht des Gläubigers auf seine Rechte, jedenfalls aber in dem

⁶⁴ Müller-Erbach, Festschrift H. Lehmann (1937), S. 149. Zu Recht zieht auch ein Teil der Literatur entgegen der Ansicht der I. Kommission (Mot. II, S. 215) beim Kauf beweglicher Sachen eine Parallele zu § 436 BGB. Vgl. Larenz, *SchR* II, S. 24 Fn. 1 m. weit. Nachw.

⁶⁵ Vgl. unten S. 346.

⁶⁶ RGZ 52, 167 ff.; RG, *JW* 11, 645 ff.; OLG Celle, *LZ* 1917, 1101; Erman-Weitnauer, BGB, § 439 Anm. 2; Palandt-Putzo, BGB, § 439 Anm. 2; Soergel-Ballerstedt, BGB, § 439 Anm. 3; Staudinger-Ostler, BGB, § 439 Anm. 5; Enneccerus-Lehmann, *SchR*, S. 426.

⁶⁷ Soergel-Ballerstedt, BGB, § 439 Anm. 1; Staudinger-Ostler, BGB, § 439 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann, *SchR*, S. 426.

⁶⁸ RGZ 106, 355; RG, *GRUR* 40, 267; *JW* 1911, 646; BGH, *NJW* 60, 721.

⁶⁹ Mot. II, S. 215.

Willen, die Folgen des Mangels, der bekannt sei, auf sich zu nehmen. Die Beherrschbarkeit des Risikos als Verteilungskriterium wird nicht weiter erwogen, da sich der Gläubiger sogar auf den Rechtsmangel berufen dürfe, wenn ihm die dem Mangel zugrunde liegenden Tatsachen bekannt gewesen seien. Die an eine Willensfiktion gemahnende Begründung, der Gläubiger, der den Mangel kenne, wolle auf sein Recht verzichten, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, kann indessen nicht überzeugen. Ein *unumschränkter* Verzicht wäre nämlich beispielsweise dann zu verneinen, wenn der Gläubiger zwar den Rechtsmangel kannte, sich jedoch über dessen Ausmaß irrte. Vom Standpunkt der Verzichtstheorie wäre es deshalb konsequent, den Schuldner nur in dem Ausmaß zu entlasten, in dem der Gläubiger wußte, daß er mit der Leistung seinen Bedarf nicht werde decken können. Schützenswerte Interessen des Schuldners würden durch diese Restriktion nicht tangiert, falls der Schuldner nicht erfahren hat, daß dem Gläubiger der Rechtsmangel als solcher bewußt gewesen war, weil er dann keinerlei Anlaß hatte, sich auf einen umfassenden Verzicht einzustellen.⁷⁰ Die herrschende Meinung hat aber zu Recht den Irrtum über das Ausmaß eines Rechtsmangels für schlechthin irrelevant erklärt.

Die von der herrschenden Meinung vertretene Interpretation des § 439 I BGB wird freilich verständlich, wenn man an die Stelle des angeblichen Verzichtes die abstrakte Beherrschbarkeit des Risikos durch den Gläubiger setzt; denn die Beherrschungsmöglichkeiten des Gläubigers sind so begrenzt, daß ihm ein Rechtsmangel nur zugerechnet werden kann, soweit er dessen Existenz^{70a} und nicht nur die Fakten kennt, auf denen er beruht. Der Gläubiger vermag sicherlich das Risiko einer zutreffenden rechtlichen Qualifikation des Rechtsmangels zu beherrschen, wenn er zu dem Ergebnis gekommen ist, daß überhaupt ein Rechtsmangel vorliegt. Sind dem Gläubiger jedoch nur die Tatsachen bekannt, aus denen sich ein Rechtsmangel ergibt, so folgt daraus noch nicht, daß er dieses Leistungshindernis bei entsprechenden Anstrengungen hätte positiv feststellen können. Der Schluß von bestimmten Tatsachen auf die Existenz eines Rechtsmangels läßt sich nur dann *zuverlässig* ziehen, wenn man die für die Beurteilung notwendigen Daten *vollständig kennt*. Dessen kann sich der Gläubiger aber nie sicher sein. Weiß er beispielsweise, daß ein Anfechtungsrecht entstanden ist und daß auch angefochten wurde, so mag die Anfechtung infolge vorheriger Bestätigung des Rechtsgeschäftes unwirksam gewesen sein. Gleiches gilt für die Einwilligung des Nacherben, die dem Vorerben gegenüber erklärt wurde.

In dieser Art gibt es eine Vielzahl von Faktoren, die in dem Internbereich des Schuldners wurzeln und daher vom Gläubiger nicht vollständig aufgeklärt werden

⁷⁰ Damit soll nicht geleugnet werden, daß man in gewissen Fällen, in denen beiden Parteien der Rechtsmangel bekannt war, aufgrund einer Auslegung der Willenserklärungen zu dem Ergebnis kommen kann, daß von vornherein nur das durch einen Rechtsmangel geschmälerete Recht veräußert wurde. Vgl. *Flume*, *Eigenschaftsirrtum aaO*, S. 80f.

^{70a} Kenntnis der „Existenz“ ist auch vorhanden, falls die Parteien glauben, daß der Mangel später rückwirkend aufgehoben wird, sofern dem Gläubiger bewußt ist, daß er alle zur Beurteilung der Rechtsfrage erforderlichen Fakten kennt. Vgl. BGH, GRUR 73, 668.

können. Aus der Kenntnis von Tatsachen, die an sich einen Rechtsmangel begründen, folgt mithin für den Gläubiger weder, daß ein Rechtsmangel auch wirklich existiert, noch, daß er imstande wäre, die wahre Rechtslage zu verifizieren. Deshalb rechnet § 439 I BGB in Übereinstimmung mit dem Beherrschbarkeitsgedanken dem Gläubiger die Kenntnis eines Rechtsmangel erst in dem Moment zu, in dem der Gläubiger zu der Überzeugung gelangt ist, daß ein Rechtsmangel vorliege. Dann besteht nämlich für den Gläubiger kein unüberwindbares Hindernis mehr, den Rechtsmangel in seinem Ausmaß richtig zu qualifizieren und ausreichend bei seiner Äquivalenzentscheidung zu berücksichtigen.

Damit soll nicht gesagt sein, daß in Fällen, in denen die Kenntnis bestimmter Tatsachen geradezu zur Bejahung des Rechtsmangels zwingt, der Gläubiger das positive Interesse mit der Behauptung verlangen darf, er sei sich der Existenz eines Mangels nicht sicher gewesen. In derartigen Fällen wird man darauf bestehen müssen, daß der Gläubiger seine Zweifel plausibel macht. Diese auf der Beweisebene angesiedelte Einschränkung des § 439 I BGB stellt jedoch den Grundsatz nicht in Frage, daß dem Gläubiger das Risiko zugerechnet wird, weil und soweit er es zu beherrschen in der Lage ist.

f) § 459 I BGB

Ein weiteres Glied in der Kette der Indizien, die die Funktion des Beherrschbarkeitsprinzips als haftungsmilderndes Element signalisieren, liefert der § 459 I BGB, dessen Wertungsgehalt vor dem Hintergrund des gerade besprochenen § 439 I BGB besonders klar hervortritt. Die Gewährleistungsregeln erfüllen *zwei* Aufgaben. Einmal weisen sie dem Verkäufer mit dem Wandelungsrecht die Gefahr sinnlosen Aufwandes in Form der Preisgefahr zu und *befreien* damit den Käufer von dem *Verwendungsrisiko*. Zum anderen entlasten sie aber auch den Verkäufer von der Gefahr, das Interesse des Käufers an dem plangerechten Austausch unter planungswidrigem Aufwand, gegebenenfalls mit Hilfe von Geld, befriedigen zu müssen; mit anderen Worten, *sie befreien den Schuldner von der Pflicht, nachzubessern oder Schadensersatz leisten zu müssen*. Diese Form der Risikoentlastung beruht auf den Beherrschungsmöglichkeiten, die den Käufern typischerweise offenstehen.

Die ratio der Beschränkung der Sachmängelgewährleistung auf Wandelung und Minderung wird zwar im allgemeinen mit dem Argument begründet, der Verkäufer sei in aller Regel Händler und als solcher nicht in der Lage, Reparaturen vorzunehmen. Wollte man die Nachbesserung in den Pflichtenkatalog des Kaufvertrages aufnehmen, so würde man hiermit ein vertragsfremdes Element einführen, dessen Aufnahme normalerweise nicht im Interesse der Parteien liegen könne.⁷¹ Wie jedoch § 633 II BGB demonstriert, liegt eine Nachbesserung, die dem Nachfrager die planungsgerechte Werkleistung verschafft, durchaus im Interesse des Käufers. Der Verkäufer würde damit auch nicht unzumutbar beschwert werden, da er sich ja der

⁷¹ Vgl. *Süß*, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, S. 59, 106; *Raape*, AcP 150, 487.

Hilfe Dritter bedienen kann.⁷² Flume versucht daher, die Gewährleistungsregelung nicht von der Art der potentiellen Leistungerschwerung, sondern von der konkreten Beherrschbarkeit des Risikos durch den Verkäufer her zu deuten: „Wenn der Verkäufer bei Abschluß des Kaufvertrages von dem Fehler nichts weiß, so wäre es unbillig, ihm das gesamte Risiko für die Beschaffenheit der Kaufsache aufzubürden und ihn auf das positive Interesse haften zu lassen.“⁷³ Konfrontiert man dieses Argument jedoch mit der Regelung des § 437 BGB, wo der Verkäufer für das Erfüllungsinteresse einzustehen hat, obgleich er von dem Rechtsmangel nichts wußte, ja auch nichts wissen mußte, so erscheint diese Begründung als unzureichend.

Eine einleuchtende Erklärung dieser Form der Risikoverteilung ist nur auf der Basis des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit möglich. Das Gewicht des Gedankens der abstrakten Beherrschbarkeit zeigt schon die mittelalterliche Parömie, „Augen auf, Kauf ist Kauf.“⁷⁴ Sie dürfte bei der Normierung der Gewährleistung angelungen sein. Freilich kann diese auf einfache und technisch unkomplizierte Verhältnisse zugeschnittene Parömie nicht ohne weiteres auf eine ausdifferenzierte, durch eine umfassende Spezialisierung gekennzeichnete Verkehrswirtschaft übertragen werden, in der sich die Informationschancen auch beim Spezieskauf⁷⁵ eindeutig zugunsten des Verkäufers verschoben haben.⁷⁶ Das Gesetz hat dem Rechnung getragen, indem es dem Käufer im Unterschied zu der erwähnten Parömie Gewährleistungsrechte eröffnete. Es hat ihm jedoch keinen Schadensersatzanspruch zugestanden⁷⁷ und damit die Möglichkeiten zur abstrakten Beherrschung durch den Käufer berücksichtigt, die ein Gegengewicht zu den Beherrschungsmöglichkeiten des Veräußerers bilden. Während der Käufer nämlich die für die Existenz eines *Rechtsmangels* relevanten Tatsachen weder vollständig noch zuverlässig zu eruieren vermag, da sie entweder in der Vergangenheit oder im internen Bereich des Veräußerers liegen, kann sich der Käufer einer *Sache* ohne weiteres unter entsprechendem Aufwand

⁷² Götz, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, S. 22.

⁷³ Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 54.

⁷⁴ Leiser, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, S. 304; Müller-Erzbach, Festschrift H. Lehmann (1937), S. 148.

⁷⁵ Anders ist die Konstellation der Beherrschungsmöglichkeiten bei Gattungsschulden. Dort fehlen dem Käufer bis zum Moment der Lieferung alle Steuerungsmöglichkeiten. Das Gesetz hat deshalb dem Käufer folgerichtig in § 480 I BGB das weitergehende Recht auf Lieferung einer mangelfreien Sache zugebilligt. Es hat ihm allerdings einen Schadensersatzanspruch versagt. Die Verweigerung eines Schadensersatzanspruches ist durchaus systemgerecht; denn die Gefahr der Lieferung einer mangelhaften Sache gehört zu den zukunftsbezogenen Risiken, bei denen das Nichterfüllungsinteresse grundsätzlich nur bei Verschulden zu ersetzen ist. Vgl. dazu unten S. 236 ff.

⁷⁶ Müller-Erzbach, Festschrift H. Lehmann (1937) S. 148; Simon, Verhandlungen des 47 DJT, Bd II, S. M/13f; vgl. auch Posner, Analysis aaO, S. 51.

⁷⁷ Ob es de lege ferenda angemessen ist, den Käufer von durch Sachmängel verursachten Körperschäden, also von besonders gravierenden Nachteilen, freizustellen, kann hier offen bleiben.

vergewissern, ob das Kaufobjekt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses⁷⁸ die planungsrelevanten Eigenschaften aufweist.⁷⁹

Dazu braucht er nicht in der Vergangenheit liegende Tatsachen auszugraben, da ihn allein interessiert, ob die Sache im Moment des Vertragsschlusses zur Befriedigung seiner Bedürfnisse geeignet ist. Er braucht auch nicht in die Interna der geschäftlichen oder persönlichen Sphäre des Veräußerers einzudringen; denn der Käufer kann darauf bestehen, daß ihm das zum Verkauf angebotene Objekt, das typischerweise in die Kategorie der Grundstücke, Kunstgegenstände und Antiquitäten sowie gebrauchten Waren fällt, zu einer sachgerechten Untersuchung bereitgestellt wird, in der er sich ein eigenes Urteil über dessen Qualität bilden kann.

Sicherlich wird der Käufer bei einer mit verkehrsüblichen Mitteln vorgenommenen Untersuchung⁸⁰ nicht alle verdeckten Fehler aufspüren können, selbst wenn er Fachleute⁸¹ heranzieht. Das ist vom Standpunkt des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit aus aber irrelevant. Im Rahmen des das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit konkretisierenden, selbststeuernden Systems ist allein der Umstand erheblich, daß der Käufer die Möglichkeit besitzt, das Risiko zu steuern und so zu verhindern, daß seine mit dem Kaufobjekt verknüpften Erwartungen enttäuscht werden. Es ist Sache des Käufers, der beispielsweise eine gebrauchte technische Anlage erwirbt, zu entscheiden, wie hoch er die Wahrscheinlichkeit eines Mangels einschätzt und zu welchen Schäden dieser Mangel angesichts seiner individuellen Verwendungsplanung führen kann. Anhand dieser Daten hat er sich zu überlegen, ob und in welchem Umfang eine Untersuchung des Kaufobjektes angesichts der dadurch entstehenden Kosten *rentabel* ist. Dies wird um so eher der Fall sein, je größer die Schäden sind, die aus dem individuellen Einsatz der Anlage resultieren können und je wahrscheinlicher ein Mangel ist. Der Käufer vermag also den Untersuchungsaufwand verhältnismäßig genau mit seinem positiven Interesse an der Anlage bzw. den aus dem Ausfall der Anlage drohenden Schäden abzustimmen. Hält der Käufer eine Untersuchung für unrentabel, so kann er immerhin das von ihm angebotene Entgelt im Vergleich zu der Vergütung, die er für eine mit Sicherheit qualitativ vollwertige Anlage zu zahlen bereit wäre, herabsetzen. Diesen Risikoabschlag mag er in die Rückstellungen einbringen, aus denen er gegebenenfalls etwaige Schäden abdecken kann.

Lag der konkrete Mangel außerhalb aller Wahrscheinlichkeit und hatte der Käufer daher keinen Anlaß, Überlegungen anzustellen, wie das Risiko optimal zu beherr-

⁷⁸ Zu den nach Vertragsschluß entstehenden Mängeln vgl. unten S. 152ff.

⁷⁹ Vgl. auch *Herberger*, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelgewährleistung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 90ff., der die Parallele zu § 306 BGB und damit nach der hier vertretenen Auffassung zur beiderseitigen Beherrschbarkeit zieht.

⁸⁰ In diesem Sinne ist *Leiser*, Festschrift Schnorr v. Carolsfeld, S. 310, daß die bei diesem Kompromiß miteinkalkulierte „Eigenverantwortlichkeit des Käufers ... sinnlos ist“, zuzustimmen.

⁸¹ Der Käufer ist natürlich nicht verpflichtet, einen Fachmann beizuziehen. OLG Köln, NJW 73, 904.

schen ist, so kann freilich die Belastung des Käufers mit der Gefahr, daß sein Bedarf ungedeckt bleibt, nicht auf dessen Beherrschungsmöglichkeiten zurückgeführt werden. Aus der Tatsache, daß § 459 I BGB die unvorhersehbaren Mängel und die vorhersehbaren Fehler gleich behandelt, kann indessen kein Einwand gegen die These abgeleitet werden, § 459 BGB spiegele den Einfluß des Beherrschbarkeitsgedankens wider. In den Fällen unvorhersehbarer Mängel können nämlich weder Käufer noch Verkäufer das Risiko beherrschen. Weil der Verkäufer die Gefahr eines Mangels im abstrakten Sinne zu steuern außerstande ist, wird auch er nicht mit einer Schadensersatzpflicht belastet. Die aus dem Mangel resultierenden Schäden, die sich im Bereich des Käufers niederschlagen, werden diesem als „Veranlasser“ auferlegt.

In beiden Fallgruppen ist somit die Verneinung einer Schadensersatzpflicht des Verkäufers auf das Beherrschbarkeitsprinzip zurückzuführen: bei der Masse der Mängel, die vorhersehbar sind, auf den Umstand, daß der Käufer das Risiko ebenfalls – wenn auch schlechter als der Veräußerer – zu beherrschen in der Lage ist; bei den gänzlich unwahrscheinlichen Mängeln auf die beiderseitige Unbeherrschbarkeit des Risikos. Da in beiden Fällen die Rechtsfolgen dieselben sind, konnte das Gesetz die Sachmängelgewährleistung in einer Vorschrift regeln.

Diese Deutung des § 459 I BGB wird auch *nicht* durch den § 538 I BGB widerlegt. Im Unterschied zum Verkäufer ist zwar der Vermieter zum Ersatz des positiven Interesses des Mieters verpflichtet, falls das vermietete Objekt schon zur Zeit des Vertragsabschlusses mit einem Mangel behaftet war. Dem Vermieter wird also das volle Risiko zugerechnet, obgleich doch dieses Risiko normalerweise der Mieter ebenso wie der Käufer im abstrakten Sinne beherrschen kann.

Dieser Wertungswiderspruch läßt sich jedoch leicht auflösen. Dazu muß man den § 538 I nicht, wie es ein Teil der Literatur getan hat, auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsprinzips restringieren. Ihrer Ansicht zufolge fehlt einer Haftung des Vermieters aus stillschweigender Garantie⁸² jeder Rückhalt im Willen der Parteien, die oft gar nicht an die Möglichkeit von Mangelschäden dächten.⁸³ Man müsse daher die Haftung auf das unmittelbare Erfüllungsinteresse unter Ausschluß von Mangelfolgeschäden begrenzen.⁸⁴ Larenz⁸⁵ geht noch einen Schritt weiter. Dem Vermieter dürfe die Gefahr, daß das Vertrauen des Mieters auf eine fehlerfreie Sache enttäuscht werde, nur zugerechnet werden, wenn er den Mangel bei Anwendung der äußersten, überdurchschnittlichen Sorgfalt entdecken konnte.

Diese Form der Restriktion ist nicht nur mit dem Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit unvereinbar, demzufolge es völlig unerheblich ist, ob der Vermieter den Mangel bei überdurchschnittlicher Sorgfalt entdecken konnte, da es keinen Maßstab für eine überdurchschnittliche Sorgfalt gibt.^{85a} Als Zurechnungsschranke käme allenfalls die Unvorhersehbarkeit des Mangels in Betracht. Damit würde man jedoch die Intentionen des historischen Gesetzgebers durchkreuzen, der den Mieter aus *sozialpolitischen* Erwägungen für besonders schutzwürdig hielt.⁸⁶ In der Tat gehören die Mieter auch heute noch vielfach den sozial schwächeren Schich-

⁸² So im Anschluß an Mot. II, S. 377, RGZ 52, 173; RG, JW 35, 3459; HRR, 1930, 1724; BGHZ 9, 321; *Soergel-Mezger*, BGB, § 538 Anm. 5.

⁸³ Larenz, SchR II, S. 155; *Diederichsen*, AcP 165, 167.

⁸⁴ *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 518 m. w. Nachw.

⁸⁵ Larenz, SchR II, S. 155f; ihm folgt *Diederichsen*, AcP 165, 167f.

^{85a} Siehe unten S. 124.

⁸⁶ Prot. VI, S. 186.

ten an, die einen durch ein Mietobjekt verursachten Mangelfolgeschaden nicht ohne weiteres auf sich nehmen⁸⁷ können.⁸⁸ Der Gesetzgeber hat aus diesem Grunde der Fähigkeit des Mieters, das Risiko zu steuern, wenig Gewicht beigemessen.

Freilich darf nicht verkannt werden, daß sich die Verhältnisse auf dem Mietsektor seit 1900 nachhaltig verändert haben. Man sollte daher bei denjenigen Mietverhältnissen, die wie das Leasing von Produktionsgütern typischerweise von kapitalkräftigeren Kreisen begründet werden, den § 538 I BGB der Sachmängelgewährleistung beim Kauf annähern. Im übrigen besteht aber kein Anlaß, den sozialpolitisch motivierten Schutz des Mieters dadurch auszuhöhlen, daß den Mietern ein Teil des durch einen Mangel des Mietobjektes verursachten Schadens auferlegt wird.⁸⁹

2. Der Einfluß der abstrakten Beherrschbarkeit auf die Verteilung zukunftsbezogener Risiken planungswidrigen Aufwandes (Aufwandserhöhung und Schadensersatz)

Die Geltung des Beherrschbarkeitsgedankens läßt sich auch bei Vorschriften nachweisen, die das Risiko planungswidrigen Aufwandes bei zukunftsbezogenen Gefahren verteilen.

Erfüllt der Schuldner sein Versprechen nicht ordnungsgemäß, so wird er in aller Regel nicht ohne ein Verschulden sofort mit der Pflicht belastet, den Bedarf des Gläubigers mit dem Surrogat, „Geld“ zu befriedigen. Die Schadensersatzpflicht des Schuldners wegen Nicht- oder unzulänglicher Erfüllung ist bei zukunftsbezogenen Risiken verschuldensabhängig, selbst wenn der Schuldner die Gefahr allein zu beherrschen imstande gewesen wäre. So hat der Schuldner beispielsweise das positive Interesse des Gläubigers im Falle einer nachträglichen Unmöglichkeit nur zu ersetzen, wenn ihm ein Sorgfaltsverstoß vorgeworfen werden kann (§§ 275, 280, 325, 276 BGB). Diese – im Vergleich zur Behandlung gegenwartsbezogener Risiken – Haftungsmilderung kann – wie noch eingehender dargetan wird⁹⁰ – auf das Zusammenreffen von zwei Faktoren zurückgeführt werden: Auf die schwere Kalkulierbarkeit des „positiven Interesses“, dessen Daten zum wesentlichen Teil in dem Bereich des Gläubigers liegen (§ 252 BGB) und auf den Umstand, daß sich ein gegenwartsbezogener Risikofaktor leichter *erkennen* läßt, als die zukünftige Entwicklung *abzuschätzen* ist.

Immerhin existieren auch im Rahmen der zukunftsbezogenen Risiken Schadensersatznormen, die verschuldensunabhängig ausgestaltet sind. Sie waren im Gemeinen Recht verbreiteter und erstreckten sich beispielsweise auch auf die Haftung der Frachtführer und Schiffer.⁹¹ Sie wurden später jedoch stark zurückgedrängt und erst im Laufe einer stärkeren Entwicklung des Kraftverkehrs auf bestimmte in der KVO

⁸⁷ Vgl. BGH, LM 5 zu § 538 BGB.

⁸⁸ Vgl. Wieacker, Festschrift Nipperdey (1965) I, S. 800.

⁸⁹ So auch Hassold, NJW 74, 1744 (anders JuS 75, 551, wo er die Zumutbarkeit als Schranke einführt); Trenk-Hinterberger, JuS 75, 499f.; Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, S. 337f.

⁹⁰ Vgl. unten S. 236ff.

⁹¹ Art. 395 ADHGB.

und im Möbeltarif geregelte Formen des Transports ausgedehnt. Für die Untersuchung des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit sind diese Varianten verschuldensunabhängiger Haftung gleichwohl von großer Bedeutung. Sie zeigen nämlich nicht nur, daß die Risikobelastung des Schuldners von dessen Möglichkeiten zur abstrakten Beherrschung getragen wird, sondern darüber hinaus auch, daß die Zurechnung immer dort endet, wo der Schuldner die Maßnahmen zur Sicherung eines planungsgerechten Leistungsaustausches nicht mehr zu optimieren vermag, weil die Gefahr evident unbeherrschbar und unkalkulierbar ist.

Ohne Rücksicht auf Verschulden werden Risiken planungswidrigen Aufwandes dem Schuldner in den Fällen zugerechnet, in denen er trotz der Störung sein Versprechen noch ordnungsgemäß „in natura“ erbringen kann, weil er hierzu lediglich im Rahmen seiner Organisation höhere Investitionen tätigen oder sich die Mittel zur Leistung von Dritten besorgen müßte (§ 279 BGB). Das Ausmaß dieser Form planungswidrigen Aufwandes wird nicht unmittelbar durch Daten aus der Sphäre des Gläubigers (§ 252 BGB) bestimmt, weshalb hier üblicherweise eine größere Risikobelastung des Schuldners zu beobachten ist. Soweit es gilt, diese zweite Art des planungswidrigen Aufwandes verschuldensunabhängig zuzuordnen, ist bei einer Reihe von Vorschriften festzustellen, daß der Gedanke der abstrakten Beherrschbarkeit eine wesentliche Rolle spielt. Er ist vor allem bei den Annahmeverzugsvorschriften sowie bei der Regelung der Konkretisierung von Gattungsschulden auszumachen.

a) §§ 454 HGB, 82ff EVO, 28ff KVO, 9 Möbeltarif, 701f BGB

Aus den verkehrsrechtlichen Schadensersatzregeln der §§ 454 HGB, 82ff EVO, 28ff KVO, 9 Möbeltarif sowie der §§ 701f BGB läßt sich der Einfluß des Beherrschbarkeitsprinzips zunächst nur andeutungsweise entnehmen. § 454 HGB, der die Haftung der Eisenbahn für Schäden, die durch Verlust oder Beschädigung des Transportgutes in der Zeit von der Annahme bis zur Ablieferung entstehen,⁹² anordnet, entstammt dem Art. 395 ADHGB, der Frachtführer und Schiffer ohne Rücksicht auf einen Sorgfaltsverstoß zum Schadensersatz verpflichtete. Zur Begründung des Art. 395 ADHGB hatte man vorgetragen, es sei zu befürchten, daß die mit der Verfrachtung beschäftigten Personen Unterschlagungen begingen und mit Dieben gemeinsame Sache machten. Dieses Argument wird man wohl lediglich als Reverenz⁹³ vor den römischen Quellen⁹⁴ der „receptum“-Haftung⁹⁵ zu verstehen haben. Das Schwergewicht der Begründung lag sicherlich auf dem zweiten Argu-

⁹² Daß es bei § 454 HGB nicht um eine Gefährdungshaftung geht, verkennt *M. Rümelin*, Der Zufall im Recht, S. 31ff; denn die Eisenbahn haftet auch dann verschuldensunabhängig, wenn der Schaden während der Lagerung eintritt.

⁹³ *Exner*, GrünhZ 10, 535f; *M. Rümelin*, Der Zufall im Recht, S. 28.

⁹⁴ Zu der von Pomponius und Ulpian herausgestellten gewerbepolizeilichen Begründung vgl. *Gelpcke*, Verhandlungen des 22. DJT, Bd. I, S. 368.

⁹⁵ Zur actio de recepto im römischen Recht vgl. *Goldschmidt*, ZHR 3, 80f.

ment, „daß man kein Mittel habe, ihre Tätigkeit, Sorgfalt und Wachsamkeit zu controliren“.⁹⁶

Die in dem Wort „controliren“ anklingende Beweisnot des Gläubigers hat Exner⁹⁷ in den Mittelpunkt einer vielbeachteten Untersuchung gestellt. Seiner Ansicht zufolge könne eine verschuldensabhängige Schadensersatzpflicht mit Beweislastumkehr dem Gläubiger nicht immer zu seinem Recht verhelfen.

In der Regel werde nämlich nur der Schuldner die zum Unfall führende Kausalkette in ihrer Vollständigkeit und wahren Folge in Erfahrung bringen können. Andererseits sei der Schuldner geneigt, den Entlastungsbeweis auf die ihm günstigen Umstände zu stützen, wenn wie häufig der Schaden auf mehrere denkbare Ursachen zurückgeführt werden könne, deren konkrete Auswirkungen nachträglich nicht mehr voll aufzuklären sind. Es sei nur natürlich und menschlich, daß der Schuldner an solchen Punkten, die unmöglich bis auf den letzten Rest aufzuklären sind, unwillkürlich die dem „good will“ seines Unternehmens vorteilhaftere Alternative der Schadensentwicklung vortragen werde. Ferner müsse man berücksichtigen, daß auch die Arbeitnehmer normalerweise ein großes Interesse haben werden, daß für das schädigende Ereignis eine Erklärung gefunden werde, die das Unternehmen und damit zugleich sie selbst entlastet.⁹⁸ Der geschädigte Vertragspartner gerate dadurch in einen Beweisnotstand. Der Richter müsse sich sein Urteil im wesentlichen auf der Grundlage von Tatsachen bilden, die der Darlegung des Schuldners zufolge die Ursachen für den Schadensfall darstellen. Von anderen für ein Verschulden sprechenden Umständen erfahre der Richter, dem im Zivilprozeß alle Ermittlungsbefugnisse fehlten, nichts. Theoretisch könne zwar der Nachfrager den Entlastungsbeweis erschüttern, indem er behauptet und unter Beweis stellt, daß bestimmte Tatsachen vom Schuldner nicht vorgetragen worden seien, die den Schadensverlauf in einem ganz anderen Lichte erscheinen ließen. Praktisch werde er aber an der Schwierigkeit, einen Einblick in die Interna des Betriebes zu nehmen, um so eher scheitern, je ausgedehnter und verwickelter der Mechanismus des ihm gegenüber stehenden Unternehmens und je unbedeutender der den Schaden auslösende Sorgfaltsverstoß sei.⁹⁹

Dieser Beweisnotstand werde am besten dadurch bekämpft, daß dort, wo dem Gläubiger das Beweismaterial nicht vollkommen zugänglich ist, *die Verschuldensfrage gänzlich eliminiert werde*, so daß der Richter nicht mehr auf einseitiges Vorbringen hin über die Existenz von Sorgfaltsverstößen urteilen müsse.

Daraus folgert Exner, daß eine Haftung des Schuldners dort angebracht sei, wo der Schaden durch einen Betriebsunfall entstanden ist, der seinen Ursprung und Verlauf innerhalb des Betriebskreises des mit der Obhut über das Gut betrauten Unternehmens genommen hat. Andererseits ent falle die Einstandspflicht dann,

⁹⁶ Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, S. 794.

⁹⁷ Exner, GrünhZ 10, 536 ff.

⁹⁸ Exner, GrünhZ 10, 544 f.

⁹⁹ Exner, GrünhZ 10, 545 f.

wenn der Schaden durch ein Ereignis entstanden sei, das „von außen“ auf den Betriebskreis des Unternehmers eingewirkt habe und infolge seiner Außergewöhnlichkeit und seiner Wucht prima facie vermuten lasse, daß der Schaden unabwendbar gewesen sei.¹⁰⁰

Die Thesen Exners sind seinerzeit auf starke Kritik gestoßen. Dernburg,¹⁰¹ Baron¹⁰² und andere Stimmen¹⁰³ aus der Literatur haben ihnen entgegengehalten, daß sie zu unbefriedigenden Ergebnissen führen. Exner übertreibe einseitig den Gedanken des Beweisnotstandes. Möge dieses Moment auch bei der Einführung der strengen Haftung mitgewirkt haben,¹⁰⁴ so könne es doch unmöglich der allein entscheidende Anlaß gewesen sein. Die Existenz von Beweisschwierigkeiten rechtfertige die Einführung von Beweisregeln und widerleglichen Vermutungen, nicht aber, dem Schuldner in vielen Fällen die Möglichkeit des Nachweises abzuschneiden, daß der Schaden trotz aller angebrachten Vorsichtsmaßregeln eingetreten sei. Der Beweisnotstand des Gläubigers könnte allenfalls dann zu einer unwiderleglichen Verschuldensvermutung führen, wenn der Schaden aller Wahrscheinlichkeit nach infolge fahrlässigen Verhaltens des Schuldners eingetreten sei. Das könne aber angesichts der Weite der von Exner befürworteten Haftung kaum bejaht werden. Dazu gebe es zu viele potentielle Schadensursachen, deren Entstehung und Auswirkung einerseits der Gläubiger ex post nicht sicher zu kontrollieren vermöge, die aber andererseits bei verkehrsmäßiger Sorgfalt mit Gewißheit unvermeidlich wären.

Gleichwohl hat die erste Kommission¹⁰⁵ bei der Regelung der Gastwirthshaftung die von Exner für die Haftung des Frachtführers herausgearbeitete ratio legis übernommen. Sie betonte, daß sich der Gast in einem Notstand befinde, wenn er den Beweis antreten müßte, daß der Gastwirt nicht alle ihm nach dem Vertrag obliegenden Sorgfaltspflichten erfüllt habe.

Andererseits wurden im Zuge der parallel zur Entstehung des BGB laufenden Arbeiten zum HGB die Thesen Exners verworfen. Gerade im Hinblick auf die Haftung des Frachtführers nach dem ADHGB, für die Exner seine These vom Beweisnotstand entworfen hatte, behauptet die Denkschrift,¹⁰⁶ beim Frachtführer genüge die Verschuldenshaftung mit Beweislastumkehr den Bedürfnissen des Verkehrs vollauf. Das HGB reduzierte daher den Haftungsmaßstab bei Frachtführern wie früher schon bei den Binnenschiffern auf Verschulden. Nur die Transportgeschäfte der Eisenbahn blieben der scharfen, verschuldensunabhängigen Haftung bis zur Grenze der höheren Gewalt unterworfen. Die Differenzierung zwischen nor-

¹⁰⁰ Exner, GrünhZ 10, 554 ff, 563 ff.

¹⁰¹ Dernburg, GrünhZ 11, 347 f.

¹⁰² Baron, AcP 78, 291 f.

¹⁰³ Gelpcke, Verhandlungen des 22. DJT, Bd I, S. 361 ff; v. Schey, Verhandlungen des 22. DJT, Bd. II, S. 49 f; Adamkiewicz, Gruch 59, 594; M. Rümelin, Der Zufall im Recht, S. 30; vgl. auch Müller-Erzbach, Deutsches Handelsrecht, S. 627.

¹⁰⁴ Enneccerus-Nipperdey, BGB, Allgemeiner Teil (AT), S. 1352.

¹⁰⁵ Mot. II, S. 585; vgl. aber auch Werner, JurAnalysen, 71, 542; Koch, VersR 66, 706.

¹⁰⁶ Denkschrift zum HGB, S. 259.

malen Frachtführern einerseits und Eisenbahnen andererseits wurde darauf gestützt, daß der Gewerbebetrieb des Frachtführers seiner Natur nach nicht in höherem Maße Veranlassung biete, ihm gewisse Betriebsgefahren aufzuerlegen, als mancher andere Betrieb, bei dem es das Gesetz beim Verschuldensprinzip belassen habe. Soweit es sich jedoch wie bei den Eisenbahnen um Unternehmungen handele, die ein tatsächliches Beförderungsmonopol besitzen und zugleich so leistungsfähig sind, daß ihnen die Tragung von Betriebsgefahren ohne Unbilligkeit auferlegt werden könne, erscheine eine weitergehende Haftung gerechtfertigt.¹⁰⁷ Damit wird nicht nur das Absorptionsprinzip, das auf die Streubarkeit¹⁰⁸ von Risiken abstellt, eingeführt, sondern mittelbar auch die Bedeutung des Beherrschbarkeitsprinzips¹⁰⁹ für eine optimale Gefahrenabwehr, die durch eine verschuldensabhängige Risikozurechnung erzielt wird, bestätigt.

Eine verschuldensabhängige Risikozurechnung setzt den Schuldner zwar nicht dem vollen Druck aus, die Relation zwischen dem Aufwand für Sicherheitsmaßnahmen und den potentiellen Schäden möglichst rentabel zu gestalten und dadurch Gefahren mit dem gesamtwirtschaftlich besten Ergebnis auszuschalten. Immerhin sorgt der Wettbewerb wenigstens dafür, daß dem Gläubiger Ausweichmöglichkeiten bleiben. Er kann auf andere Anbieter ausweichen, falls sich bei einem von ihnen die Schäden häufen, selbst wenn sich der Schadensverursacher immer zu exkulpieren vermag. Auch ohne die Unterstützung durch eine Risikozurechnung auf der Basis des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit zwingt mithin der Wettbewerb die Anbieter, Schäden über das durch § 276 BGB geforderte Maß hinaus zu verhindern. Freilich werden bei Geltung des Verschuldensprinzips die Auslese der leistungsschwachen Anbieter schwächer und damit die Anstrengungen zu einem optimalen Einsatz der Produktionskräfte geringer sein. Ist der Schuldner aber nicht nur einer verschuldensabhängigen Haftung unterworfen, sondern verfügt er darüber hinaus über ein Monopol, so wird er kaum jemals seine Kräfte zu einer überobligationsmäßigen Gefahrenabwehr mobilisieren. Der Gesetzgeber hat daher offensichtlich die Eisenbahn im Interesse einer bestmöglichen Steuerung der mit dem Transport verbundenen Risiken dem Druck einer verschuldensunabhängigen Zurechnung unterworfen, dem sich auch der Monopolist *nicht ganz* entziehen kann,¹¹⁰ falls er nicht auf eine Maximierung seiner Gewinne verzichten will. Obwohl später die Monopolstellung der Eisenbahn durch die Ausdehnung des Kraftfahrzeugtransportes weggief, blieb der § 454 HGB nicht nur erhalten, sondern wurde auf den Möbeltransport und den Fernverkehr mit Kraftfahrzeugen erstreckt. Ob das Ziel einer optimalen Prävention von Schäden dem Gesetzgeber so wichtig erschien, daß er auch dann nicht zum Verschuldensprinzip zurückkehrte, als die Bahn ihr Monopol weitgehend verloren hatte, oder ob er zwischen Bahn- und Kraftfahrzeugtransport lediglich

¹⁰⁷ Denkschrift zum HGB, S. 259.

¹⁰⁸ Vgl. auch *M. Rümelin*, Der Zufall im Recht, S. 31.

¹⁰⁹ *Müller-Erzbach*, Deutsches Handelsrecht, S. 627f.; *Heck*, SchR, S. 85; *Benthien*, Die Haftung des Kraftwagenspediteurs, S. 52.

¹¹⁰ Vgl. oben 2. Kap. S. 81f.

Wettbewerbsgleichheit herstellen wollte, läßt sich aus den Materialien dieser Gesetze nicht entnehmen.

Analysiert man die §§ 454 HGB, 82ff EVO, 29ff KVO, 9 Möbeltarif, 701 BGB näher, so kann man feststellen, daß dem Schuldner im wesentlichen *nur* solche Gefahren zugerechnet werden, die der Schuldner im „abstrakten“ Sinne zu *beherrschen* vermag. Besonders deutlich erhellt dies die Zurechnungsschranke der höheren Gewalt.

Der Begriff der höheren Gewalt ist allerdings vielfach im Sinne einer aufwandsabhängigen Beherrschbarkeit verstanden worden. So hat Goldschmidt¹¹¹ die Ansicht vertreten, daß der Schaden dem Schuldner nur dann auferlegt werden dürfe, wenn er ihn durch außerordentliche, durch die konkreten Umstände irgend indizierte Vorsichtsmaßregeln hätte abwenden können. Dernburg¹¹² setzt Beherrschbarkeit, die den Einwand höherer Gewalt ausschließt, mit der Möglichkeit gleich, nicht nur die verkehrübliche Sorgfalt walten zu lassen, sondern auch „dauernd die wirksamsten Einrichtungen und Veranstaltungen (zu) treffen, um diejenigen, welche mit ihm contrahieren ... gegen Schaden zu sichern, falls er denselben in vernünftiger Weise voraussehen und ihm zweckmäßiger Weise begegnen konnte“. Müller-Erzbach¹¹³ wiederum spricht von „wirtschaftlich vernünftigen“ Maßnahmen, während Rümelin¹¹⁴ auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen abhebt. Baron¹¹⁵ endlich orientierte sich an dem für das Beherrschbarkeitsprinzip wesentlichen Gedanken, daß die Methoden, Gefahren auszuschalten, verbessert und fortentwickelt werden könnten.¹¹⁶ Der Haftungsmaßstab der verkehrüblichen Sorgfalt lasse kein Bedürfnis für die Entwicklung neuer Abwehrmaßnahmen entstehen. Seiner Meinung zufolge muß man daher die Beherrschbarkeit an den Möglichkeiten eines „kritischen Kopfes“ ausrichten: „er prüft die Verkehrssitte, und wenn sie ihm ungenügend erscheint, so geht er über sie hinaus“. Die Eigenschaften dieses „kritischen Kopfes“ vermag Baron freilich nur mit dem Schlagwort der „diligentia exactissima“, des „paterfamilias diligentissimus“ zu umreißen.

Gegen diese Konkretisierungsversuche ist indessen zu Recht der Einwand erhoben worden,¹¹⁷ sie seien gänzlich unpraktikabel, da die zur Bestimmung der höheren Gewalt verwendeten Kriterien Grenzbegriffe seien, die zwar einen Anfang, aber kein Ende hätten. Wo die gewöhnliche Sorgfalt aufhöre, lasse sich zwar sagen, nicht aber, wo die außergewöhnlichen Maßnahmen enden, die ein überaus vorsichtiger Schuldner treffen würde. Es bedarf mithin eines normativen Elementes, das einen Maßstab für das Verhalten eines fiktiven, überaus vorsichtigen Schuldners liefert. Das von Rümelin vorgeschlagene Kriterium der „wirtschaftlichen Leistungsfähig-

¹¹¹ Goldschmidt, ZHR 3, 369.

¹¹² Dernburg, GrünhZ 11, 342.

¹¹³ Müller-Erzbach, Handelsrecht aaO, S. 628; ähnlich Heck, SchR, S. 85.

¹¹⁴ M. Rümelin, Der Zufall im Recht, S. 36.

¹¹⁵ Baron, AcP 78, 230ff.

¹¹⁶ Vgl. auch M. Rümelin, Der Zufall im Recht, S. 30.

¹¹⁷ Exner, GrünhZ 10, 517ff; Gelpcke, Verhandlungen des 22. DJT, Bd. I, S. 363ff.

keit“ des Schuldners ist hierzu zweifellos ebenso untauglich wie der leerformelhafte Hinweis auf die zumutbaren und vernünftigen Maßnahmen; denn es geht nicht an, den Schuldner zu übertriebenen Sicherungsvorkehrungen zu zwingen, nur weil er finanzkräftig ist und auf dem Markt eine so starke Stellung besitzt, daß er die Kosten der Schutzmaßnahmen voll auf seine Kunden abzuwälzen vermag.

Eine einleuchtende Konkretisierung des Begriffes der höheren Gewalt ist nur möglich, wenn man ihn vom Prinzip *abstrakter Beherrschbarkeit* her versteht. Danach ist es Aufgabe des Elementes der höheren Gewalt, solche Gefahren aus der Zurechnung auszuklammern, die entweder evident unbeherrschbar sind¹¹⁸ oder deren optimale Bekämpfung im Rahmen eines selbststeuernden Systems vom Schuldner nicht erwartet werden kann.

An die auch im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit offensichtlich unkontrollierbaren Gefahren knüpft wohl § 34 lit. b KVO an, der den Begriff der höheren Gewalt kasuistisch konkretisiert. Er entlastet den Transportunternehmer von Schäden, die durch Kriegsereignisse, Verfügungen von hoher Hand, Wegnahme oder Beschlagnahme durch eine staatlich anerkannte Macht verursacht worden sind.

Die evidente Unbeherrschbarkeit des Risikos hat auch der BGH¹¹⁹ im „Plünderungs“-Fall zum Anlaß genommen,¹²⁰ die Bahn von der Haftung zu befreien, obwohl Raub und Diebstahl an sich typischerweise mit dem Transport verbunden sind. Die den Schaden verursachenden Plünderungen waren nämlich während der Nachkriegswirren zu einer Zeit erfolgt, als 4000–5000 Plünderer ständig den Bahnhof umlagerten. Die Bahnpolizei konnte die Diebstähle nicht unterbinden, da sie über zu wenig Personal verfügte und es auf Anordnung der Besatzungsmacht auch nicht vermehren durfte. Der BGH kam zu dem zutreffenden Ergebnis, daß die Bahn den Plünderungen völlig ohnmächtig gegenübergestanden sei und daher für die Entwendungen nicht zu haften brauche.

In der Regel werden aber die Gefahren, mit denen der Schuldner konfrontiert wird, nicht gänzlich unbeherrschbar sein.¹²¹ In diesen Fällen hat der Schuldner im Rahmen des das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit konkretisierenden selbststeuernden Systems darüber zu befinden, ob und in welchem Umfang das Risiko Schutzmaßnahmen lohnt. Die Zurechnung von an sich steuerbaren Risiken auf Grund des Beherrschbarkeitsprinzips endet dort, wo die Last, die Wahrscheinlichkeit eines Risikos¹²² einzukalkulieren und ihr sowohl bei der Gefahrenabwehr als auch bei der Preisgestaltung Rechnung zu tragen, zu groß wird.

Die Funktion, die in diesem Sinne beherrschbaren von den unbeherrschbaren Gefahren zu scheiden, fällt dem Begriff der höheren Gewalt zu.

So schließt § 34 lit. a KVO Schäden infolge höherer Gewalt von der Ersatzpflicht

¹¹⁸ Adamkiewicz, Gruch 59, 623 f; vgl. ferner Exner, GrünhZ 10, 508, 512 mit einem Überblick über die ältere Literatur.

¹¹⁹ BGH, LM 1 zu § 454 HGB.

¹²⁰ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, AT, S. 1351, Fn. 4.

¹²¹ Vgl. RGZ 112, 284 ff.

¹²² Vgl. hierzu auch Wilburg, Elemente aaO, S. 37.

aus, wobei er bezeichnenderweise *zugleich* anordnet, daß die der Straße oder dem Kraftwagen *eigentümlichen Gefahren* nicht als höhere Gewalt angesehen werden dürfen. In die gleiche Richtung zielt § 10 I 2 Möbeltarif, der Schäden auf Grund von Fahrzeugmängeln immer dem Schuldner zurechnet. Diese Störungsfaktoren entstammen zum Teil dem Bereich des Schuldners. Die Wahrscheinlichkeit derartiger Gefahrenquellen ist für den Schuldner relativ leicht abzuschätzen, da er seine Sphäre organisiert und laufend kontrollieren kann. Bei den „der Straße“ eigentümlichen Gefahren handelt es sich um „von außen“ drohende Risikofaktoren. Das Adjektiv „eigentümlich“ zeigt, daß der Gesetzgeber hier eine Risikobelastung für gerechtfertigt hält, weil wegen der Häufigkeit¹²³ dieser Gefahren sich leicht Erfahrungssätze herausbilden werden, auf die der Schuldner seine Kalkulation gründen kann.¹²⁴ Zu den typischen Gefahren, die den reibungslosen Transport in Frage stellen können, gehören auch Regen, Schnee, Hagel, Sturm, Diebstahl, Raub, Unterschlagung sowie Schäden durch beigeladenes Gut. Der kasuistisch gefaßte § 30 lit. a, b, c KVO hat deshalb klar gestellt, daß diese Risiken immer im abstrakten Sinne beherrschbar seien und die Einwendung höherer Gewalt ausschließen.

In gleichem Sinne haben auch Literatur und Rechtsprechung den Begriff der höheren Gewalt interpretiert.

In einem der „Funkenflug“-Fälle hat das RG¹²⁵ beispielsweise die Haftung wegen eines durch Funkenflug verursachten Brandes des Gutes mit der Begründung bejaht, die Gefahr von Funkenflug komme nicht von außen, sondern stehe mit dem Betrieb der Eisenbahn in einem natürlichen Zusammenhang; es liege eine spezifische Betriebsgefahr vor, für die die Eisenbahn auch dann einzustehen habe, wenn sie alle erforderliche Vorsicht aufgewendet habe.¹²⁶

¹²³ Muth-Lehmann, Kraftverkehrsordnung (KVO), S. 82, 163.

¹²⁴ Das verkennt Wilburg, Elemente aaO, S. 207f, wenn er meint, im Kriterium der Außergewöhnlichkeit sei eine Abwägung der Interessen enthalten.

¹²⁵ RG, EE, 27, 334f.

¹²⁶ Auf der Grenze liegt der vom OLG Dresden (NJW 49, 627) entschiedene „Funkenflug“-Fall. Funkenflug infolge des Mitte 1946 verwendeten minderwertigen Brennmaterials hatte einen Stückgutwaggon in Brand gesetzt und die darin befindlichen Waren zerstört. Das Eisenbahnunternehmen sah den Funkenflug als Auswirkung höherer Gewalt an. Die betrieblichen Verhältnisse hätten sich nach 1945 grundlegend verändert, so daß es den Betrieb mit unzulänglichem Material aufrechterhalten müsse. Das OLG hielt dem entgegen, daß es sich bei dem Funkenflug um eine Gefahr handle, mit der sich die Eisenbahn wegen ihrer Häufigkeit abfinden müsse, selbst wenn sie auf Umständen beruhe, die der Einflußsphäre des Schuldners entzogen seien, und die zur Schadensabwehr ergriffenen Maßnahmen gar nicht zureichend sein können.

Es stellt sich die Frage, ob es sich hier, wo das Unternehmen die Betriebsmittel nicht mehr frei auswählen konnte, wirklich noch um eine innerbetriebliche Gefahr handelt. Dies wird man bejahen müssen, selbst wenn das Unternehmen nach Vertragsschluß infolge außergewöhnlicher Umstände nicht mehr die gewohnten oder üblichen Produktionsmittel erhalten kann, deren Gefährlichkeit bekannt war und im Preis berücksichtigt worden ist. Eine Ausnahme ist allerdings dort zuzulassen, wo ein sozialer Zwang zur Aufrechterhaltung der Produktion existiert und die Preise nicht frei angepaßt werden können, sondern staatlicher Genehmigung unterliegen.

Für den Schuldner ist auch das Risiko von Krankheiten seines Personals relativ zuverlässig kalkulierbar. In einem Fall,¹²⁷ in dem ein an unerkannter Paralyse leidender Lokomotivführer fehlerhafte Rangiermanöver ausführte, stellte das RG zunächst einmal fest, daß dienstliche Handlungen und Unterlassungen eines Angestellten der Eisenbahn immer ein innerer Vorgang des Betriebes seien, da das Personal zu den Betriebsmitteln zu rechnen sei.¹²⁸ Hiervon sei eine Ausnahme zu machen, falls ein Angestellter in einem gefährlichen Augenblick infolge eines „von außen“ auf ihn einwirkenden Ereignisses – Blitzschlag, Steinwurf, Schreckwirkung – versagt hätte. Eine plötzlich ausbrechende Geisteskrankheit eines Angestellten könne somit nur dann als höhere Gewalt anerkannt werden, wenn sie infolge eines von außen einwirkenden Ereignisses entstanden ist, nicht aber, wenn sie in der natürlichen Fortentwicklung eines zwar noch nicht erkannten, aber schon vorhandenen Krankheitskeimes ihren Ursprung hat. In dieser Entscheidung wird deutlich, daß die „inneren Ursachen“ häufig in unauflösbarer Verknüpfung mit externen Umständen stehen. Im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit des Risikos differenziert das RG zutreffend, ob das Fehlverhalten im Rahmen eines normalen Betriebsablaufes¹²⁹ oder unter außergewöhnlichen Bedingungen erfolgte.¹³⁰

Wenn man sich darüber hinaus heute weitgehend darin einig ist, daß von höherer Gewalt nur dort gesprochen werden könne, wo das „von außen“¹³¹ auf den Betrieb einwirkende Ereignis außergewöhnlich¹³² sei, keine typische Betriebsgefahr¹³³ darstelle, auf die man gefaßt sein müsse,¹³⁴ und nicht wegen seiner Häufigkeit vom Unternehmer in Rechnung zu ziehen und mit in Kauf zu nehmen sei,¹³⁵ so kann diese Auslegung nur als Ausfluß des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit charakterisiert werden.

¹²⁷ RG, EE 45, 427ff.

¹²⁸ Ebenso BGH, LM 1 zu § 454 HGB; RGZ 104, 150ff; 110, 211; KG, OLGZ 40, 305.

¹²⁹ Vgl. auch BGH, NJW 65, 1595. Maßgeblich ist mithin der für ein Gut der beförderten Art zu erwartende gewöhnliche Ablauf des Transportes. Vgl. ferner *Wilburg*, Elemente aaO, S. 208.

¹³⁰ Ebenso RGZ 110, 212f.

¹³¹ RGZ 101, 95; 104, 150f; 112, 285; 109, 173; 110, 211; RG, EE 27, 334; 45, 428; BGH, LM 1 zu § 454 HGB; *Enneccerus-Nipperdey*, AT, S. 1352; *Erman-Wagner*, 4. Aufl., BGB, § 701 Anm. 9; *Fikentscher*, SchR, S. 521; *Becker*, Die Haftung der Eisenbahn nach nationalem und internationalem Frachtrecht, S. 109f.; *Finger*, Eisenbahnverkehrsordnung (EVO), § 87 Anm. 7a; *Baumbach-Duden*, HGB, § 456 Anm. 2 B; *Schlegelberger-Gessler*, HGB, § 454 Anm. 23; *Ratz* in RGRKzHGB, § 454 Anm. 8ff; *Rundnagel*, in: *Ehrenbergs Handbuch aaO*, V 2, S. 436; *Larenz*, SchR II, S. 287 jeweils mit weit. Nachw.; modifizierend *Müller-Erzbach*, Handelsrecht aaO, S. 628; ablehnend *Heck*, SchR, S. 85.

¹³² RGZ 93, 307; 101, 95; 104, 150f; RG, JW 20, 710; EE 40, 54; in obiter dicta RGZ 75, 390; RG, LZ 20, 647.

¹³³ RG, LZ 1920, 647; OLG Koblenz, VersR 55, 440; *Palandt-Thomas*, BGB, § 701 Anm. 5; *Larenz*, SchR II, S. 287.

¹³⁴ OLG Hamm, OLGZ 40, 307.

¹³⁵ RGZ 101, 95; 109, 173; OLG Dresden, NJW 49, 627; *Rundnagel*, in: *Ehrenbergs Handbuch aaO*, S. 438f.

Allerdings ist zuzugeben, daß die Rechtsprechung vielfach versucht hat, den Begriff der höheren Gewalt aufwandsabhängig auszugestalten. So formuliert das RG¹³⁶ im Bereich der Gastwirthaftung, eine Schadensursache sei dann als höhere Gewalt anzuerkennen, wenn sie sich bei den gebotenen Sicherheitsvorkehrungen als außergewöhnlich darstelle. Das Reichsgericht kommt von daher zu dem Ergebnis, daß Diebstähle in Gasthäusern nicht zu den trotz aller Vorsicht unabwendbaren Ereignissen gehörten.

Die Unsicherheit, welche Funktion der „höheren Gewalt“ zuzuweisen ist, kennzeichnet auch die „Felsrutsch“-Entscheidung. Ein Felsrutsch hatte den Tunnelausgang zerstört und die Gleise verschüttet. Auf dieses Hindernis war der Zug geprallt. Das RG¹³⁷ stellte die These auf, daß ein Felsrutsch als ein Fall höherer Gewalt anzusehen sei, wenn er durch ein Erdbeben oder ein anderes außergewöhnliches Ereignis verursacht worden sei; gleiches gelte für den Fall, daß der Felsrutsch unmittelbar den Zug erfaßt habe. Im konkreten Fall, wo die Gleise schon vor Eintreffen des Zuges unpassierbar geworden seien, könne man somit nicht von höherer Gewalt sprechen. Vielmehr sei das Entgleisen des Zuges schon auf die Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebes zurückzuführen, weil der Zug nicht rechtzeitig vor dem Hindernis habe bremsen können. – Wenn aber allein die Schnelligkeit und die Bindung an die Schienen der Grund für die erhöhte Haftung der Eisenbahn ist, so kann es keinen Unterschied machen, ob der Zug entgleist, weil die Schienen verschüttet sind, oder weil er von den Felsmassen getroffen wird. In beiden Fällen wird das Ausmaß der Unfallfolgen von der erhöhten Gefahr des Eisenbahnbetriebes, der Wucht und Geschwindigkeit, diktiert,¹³⁸ so daß man in beiden Fällen, selbst wenn die Störung durch ein Erdbeben verursacht worden wäre, zur Verneinung der höheren Gewalt gelangen müßte.

Für die der Bahn auferlegte Risikozurechnung ist es deshalb jedenfalls im Rahmen von Austauschverträgen entscheidend, in welchem Umfang der Bahn eine Steuerung der den Betrieb gefährdenden Naturereignisse zumutbar ist. Legt man diesem Urteil das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit zugrunde, so kommt es nicht darauf an, wie die Störung den Unfall herbeigeführt hat, sondern wie hoch das Unfallrisiko war. Daran hat sich letztlich das RG auch mit dem Argument orientiert, daß die Zerstörung von Betriebsmitteln in gebirgigen Gegenden und an steilen Abhängen durch Erdrutsche durchaus nichts Außergewöhnliches sei, sondern ein Ereignis, mit dem die Bahn nach Art der Trassenführung durchaus zu rechnen habe.

Es hat daher in einem anderen Fall, in dem ein Zug infolge von Schneemassen entgleist war, die während eines Schneesturmes auf die Schienen geworfen worden waren, auch gar nicht mehr besonders darauf abgehoben, daß das Hindernis bei Eintreffen des Zuges bereits auf den Schienen lag. Es stützte sein Urteil¹³⁹ allein auf

¹³⁶ RGZ 75, 390.

¹³⁷ RGZ 93, 308.

¹³⁸ Vgl. RGZ 109, 173 f.

¹³⁹ RGZ 101, 94 ff.

die Tatsache, daß zur Zeit des Unfalls ein *außergewöhnlicher* Schneesturm tobte, von dem Zeugen behaupteten, einen Schneesturm mit derartiger Heftigkeit noch nicht erlebt zu haben. Mit einem solchen elementaren Naturereignis, das nur äußerst selten auftritt, braucht der Schuldner nicht zu rechnen.

Diese Interpretationsschwankungen dürften darauf zurückzuführen sein, daß die Funktion des Begriffes der höheren Gewalt im Rahmen eines selbststeuernden Systems noch nicht voll erfaßt worden ist. Man war daher immer wieder versucht, einer Belastung mit ungeheuerlichen Schutzmaßnahmen und deren Kosten vorzubeugen, indem man die verschuldensunabhängige Haftung offen oder versteckt mit der Angemessenheit konkreter Sicherungsvorkehrungen verknüpfte und auf diese Weise das richterliche Urteil an die Stelle der Entscheidung des Schuldners bzw. letztlich des Marktes setzte. Die h. M. hat dessen ungeachtet den Begriff der höheren Gewalt im Sinne des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit ausgelegt und die Höhe des Aufwandes, der für die Abwehr der konkreten Gefahr notwendig gewesen wäre, nicht weiter berücksichtigt.

Die Interpretation der „höheren Gewalt“ als Element eines selbststeuernden Systems wird durch die Begrenzung des potentiellen Schadensumfanges bestätigt. Normalerweise vermag der Schuldner die Höhe des Interesses, das der Gläubiger an der Leistung hat (§ 252 BGB), und damit die Höhe des potentiellen Schadens nur sehr schwer abzuschätzen, da viele der hierfür erheblichen Daten in der Sphäre des Gläubigers liegen. Der Umfang des Risikos, der im Rahmen des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit nicht nur für die *Rentabilität etwaiger Präventionsmaßnahmen*, sondern auch für die Bemessung des Entgelts erheblich ist, wird sowohl von der Wahrscheinlichkeit, daß überhaupt ein Schaden entsteht, als auch von dem Ausmaß des potentiellen Schadens beeinflußt. Um den Schuldner vor der Gefahr zu bewahren, daß er das Risiko unterbewertet und das Entgelt nicht zur Deckung der Schäden ausreicht, deren Abwehr unwirtschaftlich ist, hat der Gesetzgeber den Haftungsumfang in den §§ 454 HGB, 82 ff EVO, 29 ff KVO, 9 Möbeltarif, 701 ff BGB objektiviert und an leicht erkennbare Kriterien geknüpft.¹⁴⁰

Teilweise, wie in den §§ 85 EVO, 30 lit. c, 31 II, 35 IV KVO, 11 II 2 Möbeltarif, 702 I BGB, hat er den Haftungsumfang auf absolute Höchstbeträge beschränkt, teilweise werden diese Höchstbeträge durch Faktoren bestimmt, die der Schuldner leicht zu erkennen vermag. So hat der Gastwirt in § 701 I BGB bis zum Hundertfachen des Beherbergungsentgeltes, der Möbelspediteur bis zur Höhe der vereinbarten Vergütung (§ 11 II Möbeltarif) einzustehen, während in KVO und EVO feste Beträge in Relation zum Gewicht der Ladung oder zum Lastzug existieren. Das Bemühen des Gesetzgebers, dem Schuldner eine Möglichkeit zur Kalkulation des ihm in dem „selbstregulierenden System“ auferlegten Risikos zu verschaffen, wird auch in den §§ 89 f EVO offenbar. Gibt der Gläubiger sein Interesse an der ordnungsgemäßen Abwicklung des Transportes im Frachtbrief an, so haftet die Eisenbahn bis zur Höhe des Lieferwertes. Die Eisenbahn vermag nämlich dann das

¹⁴⁰ Diese Erwägung gilt in Hinblick auf evident unbeherrschbare Gefahren.

Ausmaß des von Nachfrager zu Nachfrager unterschiedlichen, potentiellen Schadens leicht bei ihrer Preisbildung zu berücksichtigen. Das hat sich wiederum in § 89 III EVO niedergeschlagen, der dem Gläubiger eine besondere Gebühr auferlegt, die sich an der Entfernung und der Höhe des Lieferwertes orientiert.

In die gleiche Richtung weisen eine Reihe kasuistisch gefaßter Vorschriften, die die verschuldensunabhängige Haftung weiter eingrenzen.

So schließen beispielsweise die §§ 82 I EVO, 10 II 2 Möbeltarif die Haftung des Schuldners aus, falls der Schaden durch eine *Anweisung* des Gläubigers verursacht worden ist und der Schuldner seinen Sorgfaltspflichten genügt hat. Obwohl der Schuldner möglicherweise das in der Anweisung steckende Risiko hätte kontrollieren können, wird er frei, wenn er nur die verkehrserforderlichen Sorgfallsmaßnahmen eingeleitet hat. Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit greift hier nicht ein, weil der Gläubiger dem Schuldner mit seinen Anweisungen die Freiheit genommen hatte, den Leistungserfolg mit den seiner Meinung nach besten Mitteln herbeizuführen. Eine Zurechnung aufgrund des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit ist nur tragbar, wenn der Schuldner die Möglichkeit hat, selbständig darüber zu entscheiden, mit welchen von ihm für sinnvoll gehaltenen Mitteln er die Leistung erbringen und etwaigen Risiken begegnen will. Dort, wo er in seinem Ermessen in Planung und Gestaltung des Leistungsprozesses eingeengt wird, sind ihm daher nur noch Verstöße gegen die verkehrserforderliche Sorgfalt anzulasten, mit der er den Weisungen des Gläubigers zu folgen hat.

Aufschlußreich für die Analyse der Tragweite des Beherrschbarkeitsgedankens ist auch die gesetzliche Risikoverteilung in den Fällen, in denen die Gefahr von beiden Parteien gesteuert werden kann. Hierher gehört unter anderem der Haftungsaus-schluß von Schäden, die durch mangelhafte *Verpackung* (§ 83 I lit. b EVO), *Frost und Hitze* (§ 34 lit. k KVO) entstanden sind oder die auf der für *bestimmte Güter* typischen *Schadensneigung* beruhen (§§ 83 I lit. d, f EVO, 30 lit. e, 34 lit. g, h, i, k, m, n KVO, 10 I Möbeltarif).

Nach Ansicht des BGH¹⁴¹ ist beispielsweise die Haftung für den „inneren Verderb“ von Transportgütern eingeschränkt, weil die Schadensursache nicht in den Einwirkungs- oder Gefahrenbereich des Schuldners falle. Ob das zu befördernde Gut einem „inneren Verderb“ ausgesetzt sei, hänge in erster Linie von seiner Beschaffenheit ab, die nicht zur Verantwortungssphäre des Unternehmers gehöre. Diese Behauptung ist unhaltbar. Die natürliche Beschaffenheit der Güter braucht keineswegs die einzige Ursache des Schadens zu sein. Vielmehr werden in der Regel mehrere Ursachen zusammenwirken, die zum „inneren Verderb“ führen. So wird das Verderben von Blumen,¹⁴² Gemüse,¹⁴³ Fleisch¹⁴⁴ und Eiscreme¹⁴⁵ den Einfluß

¹⁴¹ BGH, NJW 60, 1618; 65, 1594.

¹⁴² RG, JW 38, 2615.

¹⁴³ BGH, NJW 60, 1617 ff.

¹⁴⁴ BGH, VersR 68, 291.

¹⁴⁵ BGH, NJW 65, 1594 f.

von Wärme voraussetzen. Wird auch beim „inneren Verderb“ der Schaden durch eine „eigentümliche aktive, in den Gütern liegende Eigenschaft“ verursacht,¹⁴⁶ so könnte der Schuldner doch die durch diese Eigenschaften begünstigten chemischen Prozesse jederzeit dadurch stoppen, daß er den Einfluß der für die chemisch-physikalischen Veränderungen notwendigen äußeren Faktoren ausschaltet. In den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen hätte der Schuldner nur die Temperatur in dem Laderaum absenken müssen, um ein Verderben zu verhindern.¹⁴⁷

Die Entlastung des Schuldners von der Schadensersatzpflicht ist vielmehr darauf zurückzuführen, daß der Schuldner üblicherweise in den Fällen des „inneren Verderbs“ über keinen Beherrschbarkeitsvorsprung verfügt. Der Schuldner vermag zwar die Planung und die Abwicklung des Transportvorgangs weitgehend zu beherrschen und die ihn störenden Faktoren auszuschalten. Der Gefahr „inneren Verderbs“ könnte er beispielsweise durch den Einsatz von Kühlanlagen begegnen. Um die Schutzvorkehrungen nicht überzudimensionieren oder auf der anderen Seite für die Bedürfnisbefriedigung unzulängliche Vorkehrungen zu treffen, müßte er allerdings genauere Daten über die Wärmeempfindlichkeit besitzen. Sie kann er sich vielfach nicht ohne Eingriffe in die Substanz des Gutes verschaffen.¹⁴⁸ Man denke nur an die in § 34 lit. k KVO angesprochenen Fälle des Bombierens von Dosen infolge inneren Verderbens. Immerhin könnte man von einer abstrakten Beherrschbarkeit des Risikos auf der Grundlage der allgemein verbreiteten Kenntnisse über die Eigenschaften der Güter, die ihm zum Transport übergeben werden sollen, sprechen.

Im Vergleich zu den beschränkten Beherrschungsmöglichkeiten des Schuldners kann der Gläubiger jedoch umfassend dafür sorgen, daß die zu befördernde Ladung mit größtmöglicher Wahrscheinlichkeit unbeschädigt und unverdorben das Transportziel erreicht.¹⁴⁹ Die auf die Güter beim Transportablauf üblicherweise einwirkenden Faktoren, wie Verschiebestöße bei der Eisenbahn, die von Straßenebenenheiten ausgehenden Erschütterungen, Hitze und Kälte, wenn der Transport nicht erkennbar mit Spezialfahrzeugen durchgeführt werden soll, vermag der Nachfrager ohne Schwierigkeiten in Erfahrung zu bringen.¹⁵⁰ Da er auch im Sinne des Beherrschbarkeitsprinzips vollständige Kenntnisse von den physikalisch-chemischen Eigenschaften der Güter besitzt, ist er in der Lage, durch entsprechende *Verpackung*¹⁵¹ dafür zu sorgen, daß sich die beim *normalen* Transportablauf drohenden Gefahren nicht realisieren und das Ziel der Bedarfsdeckung mit Sicherheit erreicht wird.¹⁵²

¹⁴⁶ BGH, NJW 65, 1595.

¹⁴⁷ Das verkennt *Müller-Erzbach*, Handelsrecht aaO, S. 628 f.

¹⁴⁸ *Müller-Erzbach*, Handelsrecht aaO, S. 628.

¹⁴⁹ *Schlegelberger-Geßler*, HGB, § 454 Anm. 51; *Becker*, Haftung aaO, S. 121 m. weit. Nachw.

¹⁵⁰ Vgl. RG, JW 38, 2615.

¹⁵¹ Vgl. §§ 608 I 5 HGB, 62 EVO, 18 KVO; *Prüssmann*, Seehandelsrecht, § 608 HGB, Anm. 5 a; *Guelde*, Kraftverkehrsordnung, § 34 Anm. 10 f.

¹⁵² Vgl. BGH, NJW 60, 1618.

Angesichts des Beherrschbarkeitsvorsprunges des Gläubigers wäre es völlig unwirtschaftlich, den Schuldner mit dem Risiko zu belasten und ihn damit zu Abwehrmaßnahmen zu zwingen, die vielfach mangels ausreichender Kenntnis über die Beschaffenheit des Gutes so lückenhaft sein werden, daß sich der Gläubiger zu zusätzlichen Schutzvorkehrungen genötigt sieht. Es liegt daher im Sinne einer auf das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit gegründeten Risikoverteilung, daß der Schuldner den vereinbarten¹⁵³ bzw. den „für ein Gut der beförderten Art zu erwartende(n) gewöhnliche(n) Ablauf des Transportes“¹⁵⁴ zu gewährleisten hat, während es dem Gläubiger obliegt, dafür zu sorgen, daß das Gut die planungsgemäße Beförderung unbeschädigt übersteht.

b) §§ 304 i. V. m. 293 ff, 615, 642 BGB, 572 ff, 594 ff, 666 HGB, 29 ff, 48 ff BSchG, 80 VIII, XIV EVO, 25 IV KVO.

Mittelbar in Form eines *Umkehrschlusses* läßt sich aus den Vorschriften im Bereich des Gläubigerverzuges die Bedeutung des Beherrschbarkeitsgedankens für die Zuteilung des Risikos planungswidrigen Aufwandes ableiten. So darf der Schuldner gemäß § 304 BGB die Mehraufwendungen¹⁵⁵ aufgrund des erfolglosen Angebotes samt den Kosten für eine Aufbewahrung und Erhaltung des Leistungsobjektes auf den Gläubiger abwälzen. Die §§ 642 BGB, 48 II BSchG erlauben dem Schuldner, die Verluste, die infolge einer längeren Bindung seiner Leistungskapazität entstehen, vom Gläubiger ersetzt zu verlangen. Gemäß §§ 615 BGB, 666 HGB wird der Schuldner von jeder zusätzlichen Arbeitsleistung bzw. Bereithaltung seiner Leistungskapazität befreit, während ihm die §§ 643 BGB, 579 HGB, 34 BSchG ein Rücktrittsrecht einräumen,¹⁵⁶ falls die Leistungerschwerung vom Gläubiger nicht in voller Höhe übernommen werden muß, da der Umfang der Ersatzpflicht an dem vereinbarten Entgelt gemessen wird und daher veränderten Marktverhältnissen nicht ausreichend Rechnung trägt.

Bezeichnenderweise *entlasten* alle diese Vorschriften den Schuldner *immer dann* von der Gefahr eines erhöhten Aufwandes, wenn das Risiko *überhaupt nicht* in den Griff zu bekommen ist oder aber typischerweise *vom Gläubiger besser gesteuert werden kann*, weil es sich zunächst in dessen Organisationsbereich ausgewirkt hatte.

Stammt nämlich die Gefahr *aus der Sphäre des Gläubigers*, so wird sie der Schuldner in aller Regel mangels Einblicks in den Organisationsbereich seines Vertragspartners gar nicht steuern können. Man denke nur an den Fall, daß der Gläubiger

¹⁵³ Vgl. BGH, VersR 69, 229.

¹⁵⁴ BGH, NJW 65, 1595.

¹⁵⁵ Zum planungswidrig erhöhten Aufwand gehört letztlich auch die Gefahr, daß die Leistung nach Eintritt des Annahmeverzuges unmöglich wird; denn die Gefahr einer Leistungsstörung wächst mit der Dauer der Vertragsabwicklung. § 324 II BGB in Verbindung mit § 300 I BGB entlastet daher den Schuldner sogar von der Gefahr leicht fahrlässigen Verhaltens.

¹⁵⁶ Ohne Verlust der Vergütung für den nunmehr sinnlos gewordenen Aufwand.

die bestellte Ware nicht abholt, weil das Fahrzeug, das er hierzu benutzen wollte, reparaturbedürftig geworden ist.

Auch dort, wo die planungsgemäße Handlung des Gläubigers unterbleibt, weil er durch ein *von außen* kommendes Ereignis an der Mitwirkung gehindert wird, vermag der Gläubiger normalerweise die Störungen besser hintanzuhalten. Das zeigt die Modifizierung des vorigen Beispiels durch die Annahme, daß das Transportfahrzeug des Gläubigers durch Brandstiftung zerstört wird. Theoretisch vermag zwar auch der Schuldner diese Gefahr abzuwehren. Seine Beherrschungsmöglichkeiten sind hier aber – wie auch sonst in aller Regel – bedeutend schlechter als die des Gläubigers. Da die Gefahr *die Sphäre des Gläubigers bedroht*, kann dieser am besten abschätzen, *wie* sich das Risiko in seinem Bereich realisieren würde. Er kann daher auch exakter den Aufwand kalkulieren, der notwendig wäre, um rentable Sicherungsvorkehrungen zu treffen. Darüber hinaus wird man dem Gläubiger auch unterstellen können, daß er üblicherweise die Gefahrenquellen, die seine vertragsgemäße Mitwirkung in Frage stellen, besser zu überblicken imstande ist und daher auch den zweiten für die abstrakte Beherrschbarkeit des Risikos wesentlichen Faktor, *die Wahrscheinlichkeit einer Störung*, besser zu bewerten vermag.

Allerdings greifen nach der herrschenden Meinung¹⁵⁷ die Gläubigerverzugsvorschriften auch dann ein, wenn die Störung *evident unbeherrschbar oder unvorhersehbar* war. Der Besteller darf also dem Unternehmer gegenüber das Aufwandserhöhungsrisiko nicht mit der Begründung von sich weisen, der Stoff, den er zu liefern zugesagt habe, sei wider allen Erwartens beschlagnahmt worden. Daraus kann jedoch kein Einwand gegen die These hergeleitet werden, die Gläubigerverzugsvorschriften seien durch den Beherrschbarkeitsgedanken geprägt. Die Bedeutung des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit für die Zuordnung des planungswidrigen Aufwandes infolge Gläubigerverzugs liegt ja gerade *auch* darin, daß dem Schuldner das Risiko *nicht* zugerechnet wird, weil er diese Gefahr *nicht* oder jedenfalls *nicht besser* als der Gläubiger zu beherrschen in der Lage ist und keine weiteren Risikoverteilungselemente zu Lasten des Schuldners eingreifen. Diese Konstellation liegt auch hier vor, weil die Störung von *keiner der Parteien* abgewehrt werden kann. Da in diesem Falle von einem Beherrschbarkeitsvorsprung des Gläubigers nicht gesprochen werden kann, bedarf es weiterer Überlegungen, warum das Risiko den Gläubiger trifft. Die Tatsache allein, daß es der Schuldner nicht zu tragen braucht, genügt nicht, um es dem Gläubiger aufzuerlegen. Hier greift – wie noch eingehender darzulegen sein wird¹⁵⁸ – das Veranlassungsprinzip ein. Es ordnet grundsätzlich dem Gläubiger das Risiko dort zu, wo der arbeitsteilige Austauschprozeß nicht mehr im Sinne eines bestmöglichen Einsatzes der wirtschaftlichen Güter optimiert werden kann bzw. die auf dieses Ziel zugeschnittenen Zurechnungselemente nicht klar für die Belastung der einen oder der anderen Partei sprechen.

¹⁵⁷ RGZ 100, 48; RG, JW 24, 812; Larenz, SchR I, S. 320; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 255; Fikentscher, SchR, S. 224; Staudinger-Werner, BGB, § 293 Anm. 16.

¹⁵⁸ Vgl. unten S. 196 ff.

c) § 243 II i. V. m. § 275 BGB

Vom Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit her ist auch der § 243 II BGB zu verstehen, der den Schuldner, der das zur Leistung eines Gattungsobjektes „seinerseits Erforderliche getan“ hat, zwar nicht von der Gefahr sinnlosen Aufwandes (Preisgefahr; § 323 BGB), wohl aber von der Gefahr, sich möglicherweise *trotz inzwischen wesentlich gestiegener Preise*¹⁵⁹ *nochmals* ein Gattungsobjekt *beschaffen zu müssen*, auch dann befreit (§ 275 BGB), wenn die dem Gläubiger ursprünglich zugedachte Sache infolge einer Störung untergegangen ist oder beschädigt wurde, die im abstrakten Sinne durchaus beherrschbar war.

§ 243 II BGB regelt *zwei Fragen*. Solange der Schuldner nicht das zur Leistung „seinerseits Erforderliche getan“ hat, soll den Gläubiger der Untergang eines beliebigen Gattungsobjektes nicht tangieren. Das ist, solange das Objekt nicht ausgeschieden ist, selbstverständlich. Das Risiko des Unterganges von *Objekten*, die noch nicht *bestimmten* Nachfragern *zugeordnet* sind, stellt ein anonymes Risiko¹⁶⁰ dar, – ein Risiko des Vorrates, den sich der Schuldner hält, um die Bedürfnisse potentieller Nachfrager zu befriedigen. Der Schuldner, der die volle Freiheit in der Auswahl der Objekte besitzt, mit denen er erfüllen darf, kann sich nicht im nachhinein den Gläubiger aussuchen, dem er den Verlust von Einzelstücken zuweist.¹⁶¹ Die Situation ändert sich, sobald *bestimmte Objekte* aus der Gattung *ausgeschieden* und einzelnen Gläubigern *zugeordnet* werden. Damit ist die Anonymität des Risikos durchbrochen. Nun kann das Risiko der individuellen Aufwandserhöhung mit dem Beherrschbarkeitsprinzip in Verbindung gebracht werden.

Der *historische Gesetzgeber* hat den Zusammenhang zwischen der Konkretisierung und der Beherrschbarkeit des Aufwandserhöhungsrisikos *noch nicht klar* gesehen.

Die im Gemeinen Recht zum Zeitpunkt des Gefahrüberganges der ausgeschiedenen Gattungsobjekte aufgestellten Theorien bewegten sich zwischen den Extremen der einseitigen Ausscheidung¹⁶² einerseits und der Übergabe an den Nachfrager¹⁶³ andererseits. Vermittelnde Theorien hoben auf die Tatsache, daß dem Nachfrager die Ausscheidung bekannt war,¹⁶⁴ auf die Absendung einer Anzeige über die Ausscheidung bei Versendungskäufen¹⁶⁵ sowie auf die Absendung der Ware¹⁶⁶ ab. Die I. Kommission¹⁶⁷ entschied den Streit zugunsten der Lieferungstheorie. Die Aus-

¹⁵⁹ Vgl. U. Huber, Festschrift Ballerstedt, S. 333 ff.

¹⁶⁰ Vgl. Lemppenau, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, S. 26 f.

¹⁶¹ Vgl. Heck, SchR, S. 30; Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 318 f. Ausnahmen sind bei beschränkten Vorratsschulden zuzulassen. Zu weitgehend wohl Hönn, AcP 177, 385 ff, der den Gattungsschuldner durch eine Extension des § 304 BGB schützen will.

¹⁶² Thöl, Das Handelsrecht, 3. Aufl. (1854), Bd. I, S. 310.

¹⁶³ Jhering, JherJb 3, 449 ff; 4, 366 ff.

¹⁶⁴ Thöl, Das Handelsrecht, 5. Aufl. (1876), Bd I 2, S. 262 ff.

¹⁶⁵ Regelsberger, AcP 49, 183 ff.

¹⁶⁶ Gareis, in: Endemann, Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Bd. II, S. 642.

¹⁶⁷ Mot. II, S. 12.

wahl sei grundsätzlich erst dann vollzogen, wenn die Leistung durch Übergabe der ausgewählten Sache bewirkt worden sei.

Die II. Kommission¹⁶⁸ schloß sich ebenfalls grundsätzlich der Lieferungstheorie an. Sie bestimmte daher den Konkretisierungsmoment mit der Formel von dem Zeitpunkt, in dem der Schuldner „alles gethan habe, was ihm obligationsmäßig zur Bewirkung der Leistung obliege“.^{168a} Allerdings läßt sich dieser Formel nicht mit Sicherheit entnehmen, ob z.B. bei Holschulden schon die Ausscheidung der Ware, eventuell in Verbindung mit ihrer Anzeige, für die Konkretisierung genügt oder ob, außer in den Fällen des Annahmeverzuges, die Übergabe hinzutreten muß, – wenn auch die Protokolle eher für die Übergabe als Konkretisierungszeitpunkt sprechen.¹⁶⁹

Die h.M.¹⁷⁰ hat sich jedenfalls auf den Standpunkt gestellt, daß bei Holschulden der Schuldner von der Gefahr, sich trotz verkehrsgerechten Verhaltens erneut Leistungsobjekte besorgen zu müssen, befreit werde, sobald er die Sachen der geschuldeten Gattung *bereitgestellt*.¹⁷¹ und ihre *Ausscheidung angezeigt*¹⁷² habe. Maßregeln, die normalerweise erst vorgenommen werden, wenn sich der Gläubiger meldet, braucht er nicht schon im vorhinein zu treffen; denn mit der Ausscheidung und Anzeige ist die Lagerdauer nur noch von Faktoren abhängig, die der Schuldner nicht zu steuern vermag.

Dagegen wendet Huber¹⁷³ ein, der Gattungskauf erhalte gerade durch die wechselseitige Risikosicherung sein wirtschaftliches Gepräge. Da der Käufer dem Verkäufer einen festen Preis für eine Ware verspreche, die der Verkäufer erst später zu liefern habe, übernehme *jener* das Risiko, daß die Ware im Wert sinkt oder unversehrlich werde, während der *Verkäufer* das *Risiko* auf sich nehme, daß die *Ware im Preis steigt*. Die Dauer der Risikosicherung werde durch den *Zeitpunkt der Lieferung* bestimmt. Über das Ausmaß des Risikos entscheide somit die Partei, die den Lieferzeitpunkt bestimmen dürfe. Sei im Vertrag festgelegt, daß der Verkäufer vor Ablauf einer festgelegten Abrufrfrist die Abnahme durch den Käufer nicht verlangen könne, so liege die Entscheidung über die Dauer der Risikosicherung beim Käufer. Wenn der Verkäufer bereits vor diesem Zeitpunkt bestimmte Objekte zur Erfüllung bereitstelle, so sei das seine Angelegenheit und gehe den Käufer nichts an.

Die mit der Konzentration verknüpfte Gefahrenverteilung kann jedoch *nicht* einfach einer *normativen Interpretation des Gattungskaufes* als eines *Vertragstypus mit wechselseitiger Risikosicherung* entnommen werden. Dazu ist das Kriterium der

¹⁶⁸ Prot. I, S. 286 ff.

^{168a} Prot. I, S. 287.

¹⁶⁹ U. Huber, Festschrift Ballerstedt, S. 330.

¹⁷⁰ RGZ 57, 405; *Staudinger-Weber*, BGB, § 243 Anm. 45; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 243 Anm. 3; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 130; *Larenz*, SchR I, S. 128; *Fikentscher*, SchR, S. 129; a.A. v. *Caemmerer*, JZ 51, 744; U. Huber, Festschrift Ballerstedt, S. 333 ff.

¹⁷¹ *Fischer*, JherJb 51, 196 fordert bei Holschulden zusätzlich Gläubigerverzug.

¹⁷² Zur Frage des Inhalts der Anzeige vgl. RGZ 57, 405; *Staudinger-Weber*, BGB, § 243 Anm. 45 m. w. Nachw.

¹⁷³ U. Huber, Festschrift Ballerstedt, S. 334.

gegenseitigen Risikosicherung zu undifferenziert. Würde man es für allein maßgeblich halten, so müßte nämlich der *Verkäufer* uneingeschränkt sowohl die Gefahr des Versendungskaufes als auch das Risiko ungeheurer Preissteigerungen auf sich nehmen.¹⁷⁴

Im Ergebnis ist gleichwohl Huber aus der Sicht des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit beizupflichten, das eine einleuchtende Interpretation des § 243 II BGB gerade im Falle der Holschuld erlaubt und damit zugleich die Bestätigung seiner Geltung liefert.

Zunächst liegt es nahe, die *Gefahr der Preissteigerung dem Schuldner* aufzuerlegen, *in dessen Bereich* die ausgeschiedenen Gattungssachen untergehen. Der Schuldner vermag nicht nur die Gefahr, daß die bereitgestellten Objekte zerstört werden, besser abzuschätzen, zumal wenn die Störungsquelle seiner Sphäre entspringt, sondern in der Regel auch die Störung mit geringeren Kosten abzuwehren. Man denke nur an das Beispiel, daß die bereitgestellten Objekte durch einen Brand im Lager des Verkäufers zerstört werden. Allerdings weiß der Schuldner, wenn bei Holschulden kein fester Zeitpunkt vereinbart wird, an dem der Gläubiger die Leistung entgegennehmen soll,¹⁷⁵ nicht, ob der Gläubiger die bereit gestellten Sachen bald oder erst nach geraumer Zeit abholen wird. Ihm fehlen daher exakte Grundlagen für eine Abwägung zwischen den Kosten der Vorsorge und der Höhe der Gefahr; denn das Ausmaß des Risikos ist von der *Lagerdauer abhängig*, die weitgehend im Belieben des Nachfragers steht, zumal mit einer längeren Lagerdauer auch die Wahrscheinlichkeit wächst, daß sich die Preise auf den Beschaffungsmärkten verändern. Die erschwerte Kalkulierbarkeit des vom Gläubiger veranlaßten Risikos, dessen Umfang wesentlich durch das nicht exakt prognostizierbare Verhalten des Gläubigers bedingt ist, dürfte die h. M. dazu bewegt haben, den Schuldner zumindest von der Preissteigerungsgefahr zu befreien. Der Präventionsgedanke wird dadurch nicht ganz vernachlässigt, da der Schuldner auch nach der von der herrschenden Meinung¹⁷⁶ vorverlegten Konzentration mit der *Preisgefahr* konfrontiert bleibt. Der Druck in Richtung auf über die verkehrserforderliche Sorgfalt hinausgehende Schutzmaßnahmen fehlt also nicht völlig.

Die Interpretation des § 243 II BGB durch Huber, daß bei Holschulden die Konzentration erst mit der Übergabe einsetzt, läßt sich indessen nicht nur *eher mit der Entstehungsgeschichte* dieser Norm vereinbaren. Sie ist auch *besser mit dem Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit* in Einklang zu bringen.

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner nicht genau weiß, wie lange er sich für die Leistung bereithalten muß, folgt noch nicht, daß das mit der Lagerung verbundene Risiko nicht ausreichend kalkulierbar ist und der Schuldner daher auch nicht in der Lage ist, ein optimales Verhältnis zwischen Schutzvorkehrungen und Höhe des Risikos herzustellen. Die Lagerdauer ist nämlich für die Bewertung des

¹⁷⁴ Vgl. oben 1. Kap. S. 32 ff.

¹⁷⁵ Versäumt der Gläubiger diesen Zeitpunkt, so gerät er in Annahmeverzug.

¹⁷⁶ Vgl. oben Fn. 170.

Risikos nicht von so entscheidender Bedeutung. Andere Risikofaktoren erscheinen demgegenüber gravierender. Im Falle des Brandes des Lagers ist hier etwa an die bauliche Gestaltung des Lagers, die Zuverlässigkeit des Personals, die Ausstattung mit Feueranzeige- und -löschgeräten zu denken. Diese Umstände liegen durchwegs im Organisationsbereich des Schuldners. Die von außen kommenden Störungen, wie die Gefahr eines Einbruches, vermag der Schuldner besser als der Gläubiger und auch hinreichend exakt zu prognostizieren. Gleiches gilt für das Risiko, daß er bei einer eventuellen Neubeschaffung der Leistungsobjekte gestiegene Preise in Kauf nehmen muß. Alle die letztgenannten Risikofaktoren kann der Schuldner typischerweise ausreichend kalkulieren und steuern. Er besitzt insoweit gegenüber dem Gläubiger einen klaren Informationsvorsprung und kann mit geringerem Kostenaufwand die für einen optimalen Schutz der Leistungsobjekte notwendigen Maßnahmen treffen.

Dabei wird keineswegs verkannt, daß der Schuldner die Lagerdauer nur schwer vorhersehen kann, da sie vom Verhalten des Gläubigers abhängt. Es darf hier aber nicht ohne weiteres eine Parallele zu den Annahmeverzugsvorschriften¹⁷⁷ gezogen werden. Dort wurde die Risikoentlastung des Schuldners unter anderem darauf zurückgeführt, der Schuldner könne nicht im „abstrakten“ Sinne dafür sorgen, daß die Mitwirkungshandlung des Gläubigers *planungsgerecht* in einem bestimmten Moment erfolge. Hier, bei der Holschuld, ist hingegen innerhalb eines gewissen Zeitraumes, den die Parteien vereinbart haben, die Planung, wann der Käufer die Leistungsobjekte abholt, *offen*. Die Risikokalkulation des Schuldners basiert deshalb auch nicht auf einem festen Datum, sondern auf einer ihm von vornherein bekannten Ungewißheit. Dieser Ungewißheit vermag er kalkulatorisch ausreichend Rechnung zu tragen und auf dieser Grundlage dafür zu sorgen, daß bis zur Übergabe Schutzvorkehrungen eingeleitet werden, die in Hinblick auf mögliche Preissteigerungen als rentabel erscheinen.

Die stärkere Betonung des Gedankens der abstrakten Beherrschbarkeit führt demnach bei der Frage der Konkretisierung von Holschulden zu Ergebnissen, die nicht nur als sachgerecht erscheinen, sondern die auch den Intentionen des historischen Gesetzgebers eher entsprechen dürften. Mit dieser Interpretation des § 243 II BGB auf der Basis des Beherrschbarkeitsprinzips wird zugleich die Risikoverteilung im Bereich der Leistungsgefahr und Preisgefahr (§ 446 BGB) synchronisiert. Gleiches gilt für die Schickschuld.¹⁷⁸ Auf die Aussagekraft der §§ 446, 447 BGB für den Beherrschbarkeitsgedanken ist im Zusammenhang mit der Zurechnung der Gefahr nutzlosen Aufwandes bei Primärzweckstörungen näher einzugehen.

Gegen diese Deutung des § 243 II BGB vom Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit her mag man einwenden, daß man auf diese Weise einen unerträglichen Wertungswiderspruch zur Risikoverteilung bei *Speziesschulden* schaffe; denn der Gläubiger der Gattungsschuld stehe besser, weil er bei Holschulden bis zur Übergabe den Geschäftsgewinn nicht verlieren könne. Umgekehrt tangiere den Speziesschuldner trotz abstrakter Beherrschbarkeit der Störung die

¹⁷⁷ Vgl. oben S. 132 ff.

¹⁷⁸ Vgl. unten S. 172 ff, 184

Gefahr nicht, daß der Wert der verkauften Ware nachträglich den Kaufpreis übersteige, sofern er die verkehrserforderliche Sorgfalt gewahrt habe. Der Unterschied in der Risikoverteilung zwischen Spezies- und Gattungsschulden ist nicht zu verkennen. Er ist aber durchaus systemgerecht. Geht nämlich eine Spezies unter, so vermag der Schuldner den Bedarf des Gläubigers nur noch mit dem Surrogat „Geld“ zu decken, – er müßte also Schadensersatz zahlen. Da die Höhe des positiven Interesses wesentlich von den besonderen Zwecken des Gläubigers abhängt (§ 252 BGB), die zu dessen Organisationsbereich gehören, ist dieses nach oben unbeschränkte Risiko nur sehr schwer zu kalkulieren. Dies bedeutet – wie noch eingehender dargetan wird¹⁷⁹ –, daß sich der Schuldner bei einer Zurechnung auf der Basis abstrakter Beherrschbarkeit mit einem großen Unsicherheitsfaktor konfrontiert sähe, weil er sich weder über die Rentabilität von Abwehrmaßnahmen noch über die Höhe der gegebenenfalls nötigen Rücklagen, die er bei der Preisbildung berücksichtigen müßte, ausreichende Gewißheit verschaffen könnte. Das Gesetz hat deshalb bei *zukunftsbezogenen* Risiken, bei denen der Umstand, daß die Wahrscheinlichkeit einer in der Zukunft liegenden Störung schwerer als bei gegenwartsbezogenen Gefahren zu bewerten ist, mit den Unzulänglichkeiten bei der Kalkulation des potentiellen Schadens in Form des „positiven Interesses“ einhergeht, typisierend die abstrakte Beherrschbarkeit derartiger Schadensersatzrisiken verneint und den Zurechnungsmaßstab auf Verschulden gesenkt. Anders ist die Situation bei Gattungsschulden. Hier geht es zwar auch um zukunftsbezogene Risiken. Das Ausmaß der potentiellen Verluste wird indessen nicht durch das Interesse des Käufers an einem konkreten Objekt diktiert, sondern durch den Preis auf dem Markt, auf dem sich der Gattungsschuldner wieder einzudecken imstande ist, um das Bedürfnis des Gläubigers reibungslos zu befriedigen. Die Preise auf dem Markt mögen zwar steigen. Dies sind jedoch leichter zu prognostizierende Daten, da sie in der neutralen Sphäre liegen und nicht wie das durch die individuelle Verwendung bestimmte „positive Interesse“ zu den Faktoren gehören, die wenigstens zum Teil zu den Interna des Gläubigers zählen. Bezeichnenderweise wird denn auch der Gattungsschuldner frei, wenn das letzte Gattungsobjekt ohne sein Verschulden untergeht, er also sein Versprechen nur mehr in der Form von Schadensersatz zu erfüllen in der Lage wäre (§§ 275, 279 BGB).

d) §§ 629 ff HGB

Ein weiteres Indiz für die Begrenzung der Zurechnung des Leistungserschwerungsrisikos an den Schuldner liefern die §§ 629 I, 634 HGB. Diese Vorschriften berechtigen den Schuldner, vom Vertrag zurückzutreten, wenn das Schiff mit einem Embargo belegt, hoheitlich beschlagnahmt, durch andere teils beispielhaft aufgezählte hoheitliche Maßnahmen am Auslaufen, an der Reise, an der Versendung der zu befördernden Güter gehindert wird oder das Schiff bzw. die Güter infolge eines Krieges der Gefahr der Aufbringung ausgesetzt werden.

Die Kasuistik zeigt deutlich den Einfluß des Beherrschbarkeitsgedankens. Weil Krieg und hoheitliche Eingriffe typische Fälle der Leistungsstörung darstellen, die vom Schuldner nicht abgewendet werden können, wird der Schuldner nicht nur vom Risiko, sein Schiff zu verlieren, sondern auch von der Gefahr befreit, daß er das Schiff auf unabsehbare Zeit¹⁸⁰ bereithalten muß,¹⁸¹ da seine Leistung – wie der

¹⁷⁹ Vgl. unten S. 236 ff.

¹⁸⁰ Bei Störungen nach Antritt der Reise muß der Verfrachter gemäß § 634 II HGB bestimmte Fristen abwarten, bevor er zurücktreten kann. Die daraus resultierende Aufwandserhöhung bleibt aber nicht voll beim Schuldner hängen, sondern wird nach den Grundsätzen der großen Haverei verteilt (§§ 634 II, 635 HGB).

¹⁸¹ Eine Parallelvorschrift im Landfrachtrecht und im BSchG fehlt.

historische Gesetzgeber klar erkannt hatte¹⁸² – nicht unmöglich geworden war.¹⁸³

In der Literatur¹⁸⁴ und Rechtsprechung¹⁸⁵ wird freilich in vergleichbaren Fällen mit dem Begriff der Unmöglichkeit gearbeitet, falls die Leistung nicht innerhalb des vertraglichen Erfüllungszeitraumes erbracht werden kann. Gegen diesen Lösungsansatz ist dort nichts einzuwenden, wo aus der vertraglichen Vereinbarung privatautonome Wertungen zu entnehmen sind, anhand derer der Erfüllungszeitraum konkretisiert werden kann. Häufig lassen sich aber derartige Wertungen, die eine gerechte Risikoverteilung erlauben, nicht finden. So wird man bei einem Chartervertrag über den Transport von Erz nicht ohne weiteres sagen können, daß der Transport innerhalb eines bestimmten Zeitraumes durchgeführt sein muß, falls das Schiff infolge eines Krieges im Hafen festliegt und der Gläubiger mangels anderer Transportmöglichkeiten weiterhin ein Interesse daran hat, daß das Erz nach Ende des Krieges durch den Schuldner zu den vertraglichen Bedingungen befördert wird. Weicht man in einem solchen Fall, um das Leistungsschwerungsrisiko des Schuldners zu begrenzen, auf heteronome Wertungen wie Natur und Zweck des Vertrages¹⁸⁶ aus und bestimmt man mit ihrer Hilfe den Erfüllungszeitraum, so muß man sich im Klaren darüber sein, daß man im Bereich der Geltung der §§ 275ff BGB die ursprüngliche Konzeption der Risikoverteilung korrigiert. Auch hier geht es mithin letztlich ausschließlich um die Frage, anhand welcher heteronomen Wertungen das Leistungsschwerungsrisiko jenseits der Fälle zu beschränken ist, in denen niemand mehr die Leistung so zu erbringen imstande ist, wie sie die Parteien vereinbart haben. Im Seerecht hat der Gesetzgeber neben der Fallgruppe der Unmöglichkeit eine besondere Fallgruppe geschaffen, die er dem Beherrschbarkeitsgedanken¹⁸⁷ unterstellte. Auf diese Weise vermied er eine Verwischung der Grenzen zwischen der Unmöglichkeit, bei der das Versprechen nur noch mit dem Surrogat „Geld“ erfüllt werden kann, und sonstigen Konstellationen der Leistungsschwerung,¹⁸⁸ bei denen der Schuldner nur höhere Kosten in Kauf nehmen muß, um sein Versprechen noch „in natura“ einzulösen.

II. Abstrakte Beherrschbarkeit und das Risiko sinnlosen Aufwandes bei Zweckstörungen (Preisgefahr)

Die Gefahr, mangels Vergütung den *nutzlos bleibenden Aufwand* auf sich nehmen zu müssen, beschwert den Schuldner nicht so stark wie das Risiko planungswidrigen Aufwandes in Form einer Leistungsschwerung oder in Form von Scha-

¹⁸² Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2348ff.

¹⁸³ Prüssmann, Seerecht, § 629 HGB Anm. A 1, B 1; Schlegelberger-Liesecke, Seehandelsrecht, § 629 HGB Anm. 1; Wüstendörfer, Neuzeitliches Seehandelsrecht, S. 341.

¹⁸⁴ Vgl. statt aller Larenz, SchR I, S. 250.

¹⁸⁵ RGZ 44, 114; weitere Nachweise bei Kegel-Rupp-Zweigert, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung, S. 71f.

¹⁸⁶ Larenz, SchR I, S. 250.

¹⁸⁷ Der Rang der § 629 HGB zugrundeliegenden Wertung wurde in Literatur und Rechtsprechung allerdings noch nicht klar erkannt. So wurde der Verfrachter beispielsweise mit den Kosten eines durch die Suezkrise notwendig gewordenen Umweges um Afrika belastet, ohne daß die Unvorhersehbarkeit dieser Störung geprüft worden wäre (BGH, VersR 61, 821; Prüssmann, Seerecht, § 629 HGB Anm. 2d).

¹⁸⁸ Vom Gedanken der Leistungsschwerung her ist allerdings das entschädigungslose Rücktrittsrecht des Befrachters nicht gerechtfertigt, zumal wenn der Rücktritt durch eine auf

densersatz; denn die Gefahr, daß sich die vom Gläubiger veranlaßten und vom Schuldner getätigten Investitionen wegen einer Primär- oder Sekundärzweckstörung als nutzlos erweisen, läßt sich *leichter kalkulieren* als die Gefahr planungswidrigen Aufwandes. Das gilt insbesondere für die Höhe des Aufwandes, der sinnlos wird, weil die Leistung sich als unmöglich erweist oder der Gläubiger für sie keinen Bedarf mehr hat. Die Höhe dieses Aufwandes kennt der Schuldner relativ genau, während Aufwandserhöhungen und Schadensersatzverpflichtungen in theoretisch nach oben unbeschränkter Höhe eintreten können. Das Gesetz hat daher dem Schuldner grundsätzlich mit der Preisgefahr das Risiko sinnlosen Aufwandes schon dann zugeteilt, wenn er lediglich einen typischen Beherrschbarkeitsvorsprung besitzt. In Fällen aber, in denen der Beherrschbarkeitsvorsprung fehlt oder gar *beim Gläubiger liegt*, hat dieser – wie zu zeigen sein wird – zumindest partiell den sinn- und nutzlosen Aufwand durch Bezahlung des vereinbarten Entgelts abzu decken.

Bei *Primärzweckstörungen* (Unmöglichkeit der Leistung) hat das BGB *in der Regel* dem *Schuldner* die Gefahr zugewiesen, daß die Investitionen nutzlos bleiben, die in Erfüllung des Versprechens getätigt wurden (§§ 306, 323 BGB), während der *Gläubiger* die Aufwendungen des Schuldners *auch dann* vergüten muß, wenn er die Leistung erhalten hat, sie *für ihn* jedoch *nutzlos* bleibt. Der Gläubiger muß demnach bei Sekundärzweckstörungen nicht nur in Kauf nehmen, daß er sein Bedürfnis nicht zu befriedigen vermag, sondern darüber hinaus auch noch an den Schuldner die vereinbarte Vergütung bezahlen, die dessen Aufwendungen deckt, so daß der Schuldner im Ergebnis die – aus der Sicht des Empfängers – Nutzlosigkeit seiner Investitionen nicht spürt. Vom Beherrschbarkeitsprinzip aus gesehen ist *normalerweise* diese Risikoverteilung durchaus *gerechtfertigt*; denn der *Schuldner* vermag typischerweise den Austausch- und Bedürfnisbefriedigungsprozeß *bis zur Erfüllung* seines Versprechens (Primärzweck) besser zu beherrschen.¹⁸⁹ Vom Stadium der *Erfüllung* an ist üblicherweise der *Gläubiger* in der Lage, die mit der Verwendung (Sekundärzweck) verbundenen Gefahren zuverlässiger zu kontrollieren.

Klarer tritt der *Einfluß des Beherrschbarkeitsprinzips* indessen bei den Vorschriften in Erscheinung, die den *Schuldner* vom Risiko nutzlosen Aufwandes infolge einer Fehleinschätzung der zukünftigen Entwicklung durch Befreiung von der Preisgefahr *entlasten*, *obgleich* er die versprochene Leistung *nicht* zu erbringen imstande ist.¹⁹⁰ Hierher wird man beispielsweise die §§ 446 f BGB, beim Mietvertrag den § 552 BGB zu zählen haben. Besonders deutlich läßt sich die prägende Kraft des

das Gut bezogene Störung ausgelöst wird. Hier schlägt die Nähe zum Unmöglichkeitsgedanken und seine Verabsolutierung durch. Vgl. Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2368 f, 2390.

¹⁸⁹ Vgl. *Fabricius*, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, S. 81, der allerdings zu stark verallgemeinert, wenn er behauptet, bei schlichten Austauschverhältnissen sei maßgeblich, daß die zu erbringende Leistung aus der Sphäre, dem Lebensbereich des Schuldners komme, den er zu beherrschen in der Lage sei.

¹⁹⁰ Vom gedanklichen Ansatz her zutreffend *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 30, jedoch zu eng auf das Problem der Primärzweckstörung zugeschnitten.

Beherrschbarkeitsgedankens bei den verschiedenen Typen der Werkverträge (§§ 645 I BGB, 618, 667 HGB, 65 BSchG) sowie bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen beobachten. Bevor auf diese Vorschriften näher eingegangen wird, sind nochmals die §§ 306, 459 I BGB zu analysieren. Dieses Mal geschieht dies primär aus der *Perspektive des Schuldners* und dessen Beherrschungsmöglichkeiten.

a) § 306 BGB

Die Regelung der §§ 306f BGB, derzufolge der Schuldner die Gefahr eines vom Gläubiger schuldlos veranlaßten Aufwandes zu tragen hat, wenn die Leistung von Anfang an unmöglich war, ist im Hinblick auf diese Risikofolge auf den typischen Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners zurückzuführen.

Vielfach wird der Gläubiger freilich gar keine besonderen Aufwendungen veranlassen haben.¹⁹¹ Man denke nur an den Fall, daß der Schuldner sich verpflichtet hat, eine in seinem Eigentum stehende Sache zu übertragen oder zu vermieten, die bei Vertragsschluß bereits untergegangen war.

Mit größeren Investitionen, die *erst* im Interesse eines *bestimmten* Gläubigers getätigt werden, ist aber vor allem bei Werkverträgen zu rechnen. Man nehme nur das Beispiel, daß der Schuldner die Herstellung einer Apparatur verspricht, die Herstellung sich aber beim derzeitigen technologischen Stand als undurchführbar erweist. Diesen Aufwand hat bei einer anfänglichen Unmöglichkeit grundsätzlich¹⁹² der Schuldner auf sich zu nehmen; denn das Risiko der anfänglichen Unmöglichkeit einer Werkleistung, selbst wenn es vom Gläubiger gleichfalls beherrscht werden kann, vermag der *Schuldner* typischerweise *besser* einzuschätzen und zu steuern. Er kontrolliert die Vorgänge in seinem Organisationsbereich und verfügt typischerweise über *spezialisierte Fähigkeiten* und *Kenntnisse*, die für den Gläubiger Anlaß waren, den Schuldner bei der Bedarfsdeckung einzuschalten. Die Prognose, mit welcher Wahrscheinlichkeit sich schon bei Vertragsschluß der Leistung ein unüberwindbares Hindernis entgegenstellt, wird ihm daher bedeutend leichter und zuverlässiger gelingen. Darüber hinaus vermag der Schuldner auch ohne Schwierigkeiten das Ausmaß seines potentiellen Schadens vorherzubestimmen, der mit seinem Aufwand identisch ist, der infolge der Leistungsstörung nutzlos bleiben würde. Das wird ihm eine sachgerechte Entscheidung erlauben, inwieweit es angebracht ist, sich über die störungsfreie Abwicklung des Austausches zu vergewissern. Die hierfür notwendigen Informationen wird der Schuldner in aller Regel auch mit bedeutend geringerem Aufwand einholen können, als dies dem Gläubiger möglich wäre.

In diesem Sinne ist Zweigert¹⁹³ ohne weiteres beizupflichten, wenn er behauptet, der Schuldner sei jedenfalls bei Verkehrsüblichen und nicht mit dem Makel der

¹⁹¹ Zur Bedeutung und Tragweite des Gedankens arbeitsteiliger Veranlassung vgl. oben S. 95 ff und unten S. 130 ff.

¹⁹² Ausnahme: § 307 BGB.

¹⁹³ Zweigert, SJZ 49, 416.

Absurdität behafteten Geschäften „näher dran“, den aus der objektiven Unmöglichkeit der Leistung resultierenden Planungsfehler zu verhindern. Es gibt allerdings, was bei der vagen Formel des „näher dran“ nicht erstaunlich ist, eine „Nähe“ zum Risiko *in mehreren Abstufungen*, in denen sich die Intensität der Zurechnung widerspiegelt.

In den von § 306 BGB erfaßten Fällen ist dies lediglich ein Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners. Dieser rechtfertigt zwar keine Schadensersatzpflicht des Schuldners, da typischerweise auch der Gläubiger das Risiko zu steuern und den Umfang seines potentiellen Verlustes besser vorherzusehen vermag. Er führt aber dazu, daß der Schuldner, obgleich er vom Gläubiger zum Eingehen von Risiken „veranlaßt“ worden ist, nicht von allen Folgen seiner Fehlplanung freigesprochen wird, sondern daß ihm die Deckung für seine sinnlos bleibenden Investitionen entzogen wird. Der § 306 BGB muß also entgegen Zweigert nicht auf Fälle absurder Verpflichtungen restringiert werden, obwohl der Schuldner „näher dran“ ist, das Risiko zu beherrschen.

b) § 459 I BGB

Der abstrakte¹⁹⁴ Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers liefert auch die Erklärung für das Recht des Käufers, wenn nicht Schadensersatz zu verlangen, so doch wandeln oder mindern zu dürfen. Dem Verkäufer wird mit dem Wegfall bzw. der Minderung der Vergütung die Gefahr sinnloser Investitionen vor allem in den Fällen auferlegt, in denen die Kaufsache für die nach dem Vertrag vorausgesetzten, *atypischen* Zwecke des Erwerbers untauglich ist. Das zeigt sich besonders deutlich bei den Mängeln, die schon bei Vertragsschluß vorhanden waren.

Bevor diese These näher begründet wird, ist der Einwand aus dem Weg zu räumen, daß § 459 I BGB *nicht nur* auf Sachmängel abstellt, die *schon bei Vertragsschluß* existierten. Aus der Tatsache, daß § 459 I BGB auch Zukunftsrisiken erfaßt, darf nicht gefolgert werden, daß der Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers bei Vertragsschluß unerheblich wäre. Sie zwingt nur zu dem Schluß, daß die Sachmängelgewährleistung von zwei unterschiedlichen Wertungen getragen wird, die je nachdem eingreifen, wann die verkaufte Sache fehlerhaft geworden ist. Aus gesetzestechnischer Sicht ist diese Kumulation der Wertungsgrundlagen nicht weiter problematisch, da die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale und die Rechtsfolgen für beide Fallgruppen dieselben sind. Im folgenden können deshalb hier die Mängel isoliert betrachtet werden, die schon bei Vertragsschluß vorhanden waren. Die Fälle, in denen das Kaufobjekt nach Vertragsschluß mangelhaft wird, werden im Zusammenhang mit den §§ 446 f BGB erörtert.¹⁹⁵

¹⁹⁴ Wenn hier von abstraktem Beherrschbarkeitsvorsprung die Rede ist, so heißt das, daß sowohl die Beherrschbarkeit als auch der Vorsprung „abstrakt“ sind, denn die Existenz eines Vorsprungs wird nach generell-typischen Kriterien festgestellt.

¹⁹⁵ Vgl. unten S. 152 ff.

aa) Die Deutung der ratio des § 459 I BGB in der Literatur

Der Einfluß des Beherrschbarkeitsprinzips auf die Zuordnung des Risikos sinnlosen Aufwandes als Folge des Wegfalls der Vergütung zeigt sich am besten vor dem Hintergrund der bisher in die Diskussion gebrachten Theorien, die sich im wesentlichen um den Irrtum des Käufers über die Mangelfreiheit, das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung sowie die Diskrepanz zwischen Realität und Vertrag drehen.

So wird beispielsweise die Gewährleistung darauf gestützt, daß der Käufer, der ein fehlerhaftes Objekt erwerbe, in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht,¹⁹⁶ dem Kauf die Geschäftsgrundlage¹⁹⁷ entzogen werde und die Realisierung der Interessen des Erwerbers vereitelt¹⁹⁸ werde. Der Irrtum des Käufers und der Ausfall der geplanten Bedürfnisbefriedigung *allein* rechtfertigt jedoch noch nicht die Zerstörung des Vertrages und die Zuweisung des Aufwandsrisikos an den Schuldner, es sei denn, man wollte die Konsequenz in Kauf nehmen, die Sachmängelvorschrift auch in dem bekannten „Aussteuer“-Fall¹⁹⁹ analog anzuwenden, in dem sich der Käufer ebenfalls bei der weiteren Verwendung des Kaufobjektes verplant hatte.²⁰⁰ Es bedarf deshalb eines weiteren Wertungselementes, das besagt, warum gerade das Vertrauen des Käufers in die Fehlerfreiheit besonders schutzwürdig ist.²⁰¹

Diese Lücke kann weder die konturenlose²⁰² Figur der Geschäftsgrundlage noch der Hinweis auf Treu und Glauben²⁰³ sowie die Verkehrsauffassung schließen. Der ratio legis des § 459 I BGB ist man damit nämlich keinen Schritt nähergekommen, solange nicht das den Grundsatz von Treu und Glauben konkretisierende Prinzip aufgedeckt worden ist.²⁰⁴

Mehr Gewicht besitzt das Argument, durch den Sachmangel sei das Äquivalenzverhältnis gestört. Der Verkäufer solle den Nachteil ausgleichen, den der Käufer dadurch erleide, „daß er „mit gutem Geld“ eine schlechte Sache erworben hat“.²⁰⁵ Die Parteien hätten die Absicht gehabt, ihre beiderseitigen Leistungen wertgleich²⁰⁶ zu behandeln.²⁰⁷ Sei das Kaufobjekt jedoch fehlerhaft, so zeige sich, daß das von den Parteien angenommene Gleichwertverhältnis zwischen dem angebotenen Objekt

¹⁹⁶ Haymann, in: Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, S. 328; ders. AcP 135, 232f.

¹⁹⁷ Oertmann, GG, S. 71f.

¹⁹⁸ Heck, SchR, S. 267.

¹⁹⁹ Vgl. unten S. 312.

²⁰⁰ Herberger, Sachmängelhaftung aaO, S. 44f.

²⁰¹ Süß, Gewährleistung aaO, S. 163; Heck, SchR, S. 268.

²⁰² Vgl. 1. Kapitel, S. 19ff, bes. 44ff; ferner Süß, Gewährleistung aaO, S. 134ff.

²⁰³ Haymann, in: Reichsgerichtspraxis aaO, S. 328.

²⁰⁴ Herberger, Sachmängelhaftung aaO, S. 44f.

²⁰⁵ Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 254; Esser, SchR II, S. 32; vgl. ferner Raape, AcP 150, 484.

²⁰⁶ Süß, Gewährleistung aaO, S. 176; ähnlich Larenz, SchR II, S. 58f.

²⁰⁷ Soergel-Ballerstedt, BGB, vor § 459, Anm. 15.

und dem Preis nicht bestehe.²⁰⁸ Dieses Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung könne dem Käufer im Rahmen eines gegenseitigen Vertrages, dem das Prinzip der Äquivalenz „logisch immanent“ sei, nicht zugemutet werden.²⁰⁹

Sicherlich ist das subjektive Äquivalenzverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung gestört, falls sich herausstellt, daß der gekaufte Gegenstand nicht den Erwartungen des Nachfragers entspricht. Diese Äquivalenzstörung löst im Käufer den Wunsch aus, vom Vertrag abzurücken. Daß diesem Wunsch in den §§ 459 I, 462 BGB stattgegeben wird, läßt sich jedoch nicht ausschließlich mit dem Gedanken der subjektiven Äquivalenz rechtfertigen. Dazu ist er viel zu weit; denn jede Fehleinschätzung der Realität, also keineswegs nur die unrichtige Beurteilung der Sacheigenschaften, erschüttert für die Parteien die von ihnen ausgehandelte Wertrelation. So ist das von den Vertragspartnern angenommene Gleichwertverhältnis beispielsweise schon dann in Frage gestellt, wenn der Käufer eines Kraftfahrzeuges zu der Ansicht gelangt, daß ein Kraftfahrzeug eines anderen Typs zum gleichen Preis seinem Bedarf besser entspricht, weil er infolge einer Einkommensminderung weniger Geld für Treibstoff, Steuer und Versicherung ausgeben will.

Aus diesem Dilemma führt auch das objektiv verstandene Äquivalenzprinzip nicht heraus, da es noch konkretisierender Unterprinzipien bedarf, um im Rahmen der Sachmängelgewährleistung fruchtbar werden zu können.²¹⁰ Es ist daher letztlich nicht verwunderlich, wenn Süß²¹¹ den „letzten Grund“ der Sachmängelgewährleistung darin erblickt, daß die durch den Kauf eines fehlerhaften Objektes verursachte Äquivalenzstörung nach Treu und Glauben unzumutbar sei, – womit man sich wieder beim Ausgangspunkt, bei der Generalklausel von Treu und Glauben, befindet.²¹²

Aus diesem Zirkel sucht Flume²¹³ in seiner grundlegenden Schrift²¹⁴ über den Eigenschaftsirrtum beim Kauf dadurch auszubrechen, daß er die maßgeblichen Wertungen unmittelbar dem Kaufvertrag entnimmt. Seiner Meinung zufolge regelt § 459 I BGB den Fall eines Vertragsbruches. Die dem Kaufvertrag zugrunde liegenden Willenserklärungen seien keineswegs ausschließlich auf den räumlich-zeitlich individualisierten Gegenstand bezogen. Der Wille der rechtsgeschäftlich Handelnden beschränke sich in aller Regel nicht auf die bloße Identifizierung des Gegenstandes, der gekauft werden soll, sondern erstrecke sich auch auf die Beschaffenheit des Gegenstandes. Der Wille der Parteien sei zwar nicht darauf gerichtet, daß der Gegenstand von der vorgestellten Eigenschaft „ist“. Das wäre mit Zitelmann „logisch

²⁰⁸ Larenz, SchR II, S. 58 f; vgl. ferner auch Krückmann, AcP 131, 93; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 71.

²⁰⁹ Süß, Gewährleistung aaO, S. 165 f, 175.

²¹⁰ Vgl. 1. Kap. S. 42 f.

²¹¹ Süß, Gewährleistung aaO, S. 165 f, 175.

²¹² Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 45 f.

²¹³ Flume, Eigenschaftsirrtum, S. 1 passim.

²¹⁴ Ihm folgen – jedenfalls im gedanklichen Ansatz – Kegel, AcP 150, 360; Erman-Weitnauer, BGB, IV 1 vor § 459; Rothoef, AcP 170, 237; Goltz, Motivirrtum aaO, S. 193 ff.

und psychologisch völliger Nonsens“; denn was bereits sei, könne nicht mehr „werden“. Die Vorstellung der Eigenschaft eines Gegenstandes könne jedoch in psychologischer Sicht Bestandteil des Willens dadurch werden, daß die Vorstellung der Eigenschaften und die Vorstellung über den Gegenstand als Einheit betrachtet werden. Das sei bei Kaufverträgen ohne weiteres möglich. Sie würden nämlich normalerweise nicht nur im Hinblick auf ein räumlich-zeitlich bestimmtes Etwas, sondern mit Rücksicht auf den Gegenstand als solchen von einer bestimmten Beschaffenheit begründet, weil eine Vorstellung von dem Gegenstand regelmäßig nur in der Form von einem bestimmten Objekt mit bestimmten Eigenschaften gebildet werde.²¹⁵

Den Einwand, daß aus dem bindenden Versprechen eines Objektes mit gewissen Eigenschaften auch eine Erfüllungspflicht im Hinblick auf diese Eigenschaften folgen müsse, räumt Flume mit dem Hinweis aus, daß die Rechtsordnung in verschiedener Weise in die rechtsgeschäftliche Vereinbarung eingreifen könne. Eine Erfüllungspflicht habe sie nur bezüglich des räumlich-zeitlich individualisierten Gegenstandes statuiert, während sie in § 459 I BGB an die Vereinbarung über Eigenschaften keine Erfüllungspflicht und die damit verbundenen Sanktionen geknüpft habe.²¹⁶ In Anbetracht der besonderen Regelung der Verpflichtungen des Verkäufers in den §§ 433, 459ff BGB sei es unzulässig, aus der allgemeinen obligationsrechtlichen Erwägung heraus, daß Verträge, wie sie vereinbart werden, auch zu erfüllen sind, eine Erfüllungspflicht des Verkäufers zur Leistung der Kaufsache in sachlich mangelfreiem Zustand anzunehmen. Die Tatsache, daß der Verkäufer für die Fehler der Kaufsache unmittelbar aufgrund des Kaufvertrages einzustehen habe, finde vielmehr ihre Erklärung darin, daß durch den Kaufvertrag zwar die Verpflichtung zur Leistung einer fehlerfreien Sache vereinbart werde, daß aber die Rechtsordnung anstelle der vereinbarten Rechtsfolgen andere Rechtsfolgen, nämlich die Gewährleistungspflichten, statuiert habe.²¹⁷ Die Rechtsordnung schwäche im Interesse einer angemessenen Risikoverteilung die Vereinbarung zugunsten des Verkäufers ab.²¹⁸

Fehler im Sinne des § 459 I BGB ist demnach über den Sprachgebrauch hinaus nicht nur die Abweichung der Kaufsache von der normalen Beschaffenheit oder von einer durch Vertrag definierten Kategorie, sondern jedes Abweichen der Kaufsache von der der Kaufvereinbarung entsprechenden sachlichen Beschaffenheit.²¹⁹ Damit verlagert sich das Problem der Zurechnung von Sachmängeln auf die Auslegung der dem Kauf zugrunde liegenden Willenserklärungen. Durch Auslegung muß festgestellt werden, inwieweit sich die Vereinbarung auf eine bestimmte Beschaffenheit bezieht.²²⁰ Dem § 459 BGB mit seinem Fehlerbegriff kommt nur noch die Funktion

²¹⁵ Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 17 ff.

²¹⁶ Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 35 ff.

²¹⁷ Ähnlich Herberger, Sachmängelhaftung aaO, S. 60 ff, 74 ff; Schaumburg, MDR 75, 109; Brox-Elsing, JuS 76, 2.

²¹⁸ Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 48.

²¹⁹ Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 114 ff.

²²⁰ Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 80 ff.

zu, Rechtsfolgen für den Fall bereitzuhalten, daß Vereinbarung und Realität auseinanderklaffen.

Die Auswirkungen der Problemverschiebung zeigen sich, sobald man versucht, mit Hilfe der Vereinbarungs-Theorie die relevanten Sachmängel von den unerheblichen Fehlvorstellungen zu scheiden, deren Folgen allein dem Käufer zugerechnet werden.

Flume zufolge muß der Kaufabschluß nach den Vertragsverhandlungen erkennbar nur um einer bestimmten Beschaffenheit willen zustandegekommen bzw. der Kaufpreis erkennbar nur mit Rücksicht auf eine bestimmte Eigenschaft bewilligt worden sein, damit ein Fehlen dieser Eigenschaft die Rechtsfolgen der §§ 459 I, 462 BGB auslöse. Es sei freilich nicht notwendig, daß die gewünschten und offerierten Eigenschaften ausdrücklich zur Sprache gekommen seien. Beim Kaufvertrag seien die Vorstellungen der Parteien nicht negativ in dem Sinne, daß sie die Kaufsache frei von Fehlern vor Augen hätten. Sie seien vielmehr allgemein positiv, d. h. die Parteien stellten sich vor, daß der Gegenstand die normalen Eigenschaften derjenigen Kategorie habe, als der angehörig er veräußert werde. Wenn nichts Besonderes über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes gesagt sei, so sei „die Kaufsache als eine solche verkauft, welche die gewöhnliche Beschaffenheit von Gegenständen dieser Art hat und nicht mit Eigenschaften behaftet sei, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.“²²¹ Nicht der konkrete Wille der Parteien entscheidet also über die Existenz eines Fehlers, sondern die Verkehrsüblichkeit der Vorstellungen über die Beschaffenheit einer bestimmten Sache.

Andere normative Wertungselemente müssen ins Spiel gebracht werden, wenn es zu entscheiden gilt, ob die Untauglichkeit eines verkauften Gegenstandes für einen bestimmten Verwendungszweck als Sachmangel zu behandeln ist. Normalerweise wird nämlich der Käufer nicht exakt die Eigenschaften nennen, die er für die Befriedigung seiner besonderen Bedürfnisse benötigt, sondern sich darauf beschränken, den Verwendungszweck zu offenbaren. Es ist deshalb Aufgabe der Auslegung, festzustellen, welche konkreten Eigenschaften vereinbart worden sind. Die in den Geschäftswillen geflossenen Vorstellungen der Parteien reichen zu ihrer Lösung nicht aus; es muß letztlich auf den Maßstab von „Treu und Glauben“ mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB) zurückgegriffen werden. Damit stellt sich aber das Problem von neuem, wie dieser Maßstab zu konkretisieren ist.²²² Die Skala denkbarer Kriterien reicht dabei von der positiven Kenntnis des Verkäufers um die für einen bestimmten Gebrauch erforderlichen Eigenschaften über den verkehrsüblichen Informationsgrad von Anbietern, die vergleichbare Waren veräußern, bis hin zur abstrakten Beherrschbarkeit. Eine überzeugende Wahl unter diesen Maßstäben läßt sich *nur mit Rücksicht auf die in § 459 I BGB angestrebte Risikoverteilung treffen*. Damit zeigt sich, daß – jedenfalls, was die Tragweite des Fehlerbegriffes

²²¹ Flume, AT, S. 479.

²²² Vgl. Goltz, Motivirrtum aaO, S. 193 ff; insoweit kritisch Köhler, AcP 175 (1975) 263.

anlangt – das Ausweichen auf die Willenserklärungen der Parteien die Durchdringung der Sachmängelgewährleistung auf die sie prägenden normativen Zurechnungskriterien nicht obsolet macht.

bb) Die Bedeutung des Veranlassungs- und Beherrschbarkeitsprinzips für die Deutung der ratio des § 459 I BGB

Die ratio des § 459 I BGB kann allein auf der Grundlage des Veranlassungsprinzips,²²³ vor allem aber des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit überzeugend dargelegt werden.

Vielfach wird der Käufer, der ein fehlerhaftes Objekt erwirbt, keine Fehldispositionen veranlaßt haben. Ist nämlich das Kaufobjekt so fehlerhaft gewesen, daß sich auch kein anderer potentieller Nachfrager bereitgefunden hätte, das Kaufobjekt zu dem vom Verkäufer geforderten Preis zu erwerben, so kann man auch nicht von einer Fehlleitung von Leistungskapazität sprechen, die der Käufer veranlaßt hat. Diese Überlegung klingt häufig in den Worten an, der Verkäufer solle dadurch keinen Vorteil erlangen, daß der Käufer „mit gutem Geld“ eine schlechte Sache erworben habe.²²⁴

Nicht immer fehlt es aber an der Veranlassung eines Risikos. Der Käufer setzt den Verkäufer beispielsweise immer dann der Gefahr von Fehlinvestitionen aus, wenn er eine Sache im Hinblick auf spezifische, vom Verkäufer angepriesene Eigenschaften erwirbt, an denen ein Großteil der anderen potentiellen Nachfrager gar nicht interessiert ist und die sich deshalb auch nicht im Preis deutlich bemerkbar machen. Hier kann dem Verkäufer das Risiko des Sachmangels nur auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsprinzips zugerechnet werden.²²⁵

Der Einfluß des Beherrschbarkeitsgedankens auf die Belastung des Verkäufers mit dem Risiko nutzlosen Aufwandes ist in der Literatur bereits vereinzelt anerkannt worden.

So weist Crome²²⁶ darauf hin, daß der Verkäufer „eher“ in der Lage sei, den aus der Fehlplanung zu erwartenden Schaden zu vermeiden,²²⁷ während Wieacker zutreffend betont, die Fehlvorstellungen des Käufers seien bei Sachmängeln „aus der Sphäre des Gegners veranlaßt“.²²⁸ Müller-Erbach²²⁹ konkretisiert diesen topos mit Hilfe des Beherrschbarkeitsprinzips, indem er anmerkt, der Verkäufer habe es in der Hand, sich zu vergewissern, ob die Kaufsache in tatsächlicher Hinsicht den berechtigten Erwartungen des Käufers entspreche.²³⁰

²²³ Vgl. hierzu 2. Kap. S. 95 ff und unten S. 321 ff.

²²⁴ Vgl. Fn. 205.

²²⁵ Die Parallele zu § 306 zieht im Ergebnis zutreffend *Herberger*, Sachmängelhaftung aaO, S. 44 f.

²²⁶ Crome, System aaO, Bd. II, S. 220.

²²⁷ Zustimmung *Blume*, JherJb 55, 217.

²²⁸ *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 246.

²²⁹ *Müller-Erbach*, Festschrift H. Lehmann (1937) S. 147 f.

²³⁰ Vgl. auch *Wiedemann*, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 830 f, der auf § 461 verweist.

In der Tat kann die Risikoverteilung kraft § 459 I BGB am besten von dem abstrakt-generalisierenden Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers her verstanden werden. Nicht umsonst knüpft die Sachmängelgewährleistungsnorm ihrem Wortlaut zufolge mit den Begriffen²³¹ „mit Fehlern behaftet“ an den körperlichen Eigenschaften^{231a} der Sache an, die von beiden Parteien mit unterschiedlicher Intensität und Zuverlässigkeit auf ihre planungsgerechte Tauglichkeit hin überprüft²³² werden können,²³³ und nicht schlechthin an der Diskrepanz von Verwendungsplanung und Realität oder an der Störung der subjektiven bzw. einer wertungsmäßig offenen objektiven Äquivalenz an.

Der Verkäufer hat das zum Verkauf angebotene Objekt selbst erworben und normalerweise längere Zeit im Besitz. Er kann daher nicht nur besser als der Käufer die Gefahr einschätzen, daß die Sache nicht die geforderten Eigenschaften aufweist, sondern sie auch mit geringerem Aufwand untersuchen. Außerdem spielt, obgleich auch in sehr beschränktem Umfang, die Tatsache eine Rolle, daß der Verkäufer auf seinen Lieferanten zurückgreifen kann, wenn er die Kaufsache schon mangelhaft erworben hatte.

Wie bei anderen Normen, die auf dem Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit basieren, mag auch hier der Einwand ins Feld geführt werden, in Wirklichkeit sei es um die Beherrschbarkeit des Risikos gar nicht so gut bestellt. Man könnte hierbei etwa auf die Position der Händler im Prozeß der Güterverteilung verweisen, die wegen des differenzierten Güterangebotes gar nicht mehr in der Lage seien, die Qualität der von ihnen verkauften Waren zu kontrollieren.²³⁴ Darüber hinaus fehle es an ausreichenden Beherrschungsmöglichkeiten in all den Fällen, in denen der Verkäufer Güter veräußere, über die er mittels Traditionspapieren oder mittels der Abtretung des Herausgabeanspruches verfüge und die er daher auch gar nicht habe untersuchen können. Dabei wird jedoch sowohl das Streben des Gesetzgebers nach Typisierung und Generalisierung als auch der spezifische Inhalt des Beherrschbarkeitsprinzips verkannt. Von Beherrschbarkeit eines Risikos muß eben auch dann gesprochen werden, wenn die Fehler nur mit gänzlich unangemessenem Aufwand

Ähnlich *Hommelhoff*, ZHR 140 (1976), 274 f, der eine Verbindungslinie zwischen Sachmängelgewährleistung sowie Sachherrschaft zieht und von der abstrakten, typischerweise mit der Sachherrschaft verbundenen Möglichkeit, die Kaufsache zu prüfen und Mängel zu erkennen, spricht. Allerdings ist seiner Ansicht zufolge die ratio des § 459 BGB nicht erst in der durch die Sachherrschaft vermittelten Prüf- und Erkennbarkeit, sondern unmittelbar in der durch das Eigentum gewährten Herrschaft, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, zu sehen.

²³¹ *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 179.

^{231a} A. A. allerdings die h. M. (vgl. statt aller RGZ 161, 332; *Larenz* SchR II, S. 35 ff). Zur hier vertretenen Ansicht näher 4. Kap. S. 338 ff.

²³² Vgl. auch § 377 I, II HGB, der an die Untersuchung der Ware auf Mängel anknüpft.

²³³ Der Beherrschbarkeitsgedanke steht auch im Mittelpunkt der Zurechnung nach Vertragsschluß eintretender körperlicher Mängel, wie die Synchronisierung von Sachmängelhaftung und Gefahrübergang erhellt. Vgl. *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 181 f; *Esser*, SchR, 2. Aufl., § 105, 1.

²³⁴ *Fikentscher*, SchR, S. 376.

aufgedeckt werden können.²³⁵ Die übliche Unfähigkeit der Händler, die Qualität der von ihnen angebotenen Waren zuverlässig zu kontrollieren, hängt weniger mit ihren technischen Fertigkeiten zusammen; denn eine zuverlässige Kontrolle ließe sich ohne weiteres durch eine Beschäftigung spezialisierten Personals und technische Investitionen aufbauen. Entscheidend ist vielmehr, daß angesichts der zu erwartenden Risiken die Übernahme der Gewährleistungsgefahr vielfach billiger als eine umfassende Kontrolle ist. Diese Tatsache steht mit dem Zurechnungsgedanken kraft Beherrschbarkeit durchaus im Einklang, der ja den Schuldner nicht zwingt, Gefahren zu unterbinden, sondern nur einen Anreiz schaffen will, die Planungsfehler dort zu vermeiden, wo dies billiger als der aus der Gewährleistung entspringende Aufwand kommt. Ebenso wenig stichhaltig ist das Argument, der Verkäufer bekomme das Objekt oft gar nicht zu Gesicht, da sich der Veräußerer ja selbst der Möglichkeit begibt, die Ware zu untersuchen,²³⁶ bevor er sie verkauft, und sich blindlings auf die Angaben seines Lieferanten²³⁷ verläßt.²³⁸ Es ist seine Sache, das Risiko eines Sachmangels und die auf ihn aus einer Ausübung des Gewährleistungsrechtes zukommende Belastung zu kalkulieren. Anhand dieser Risikobewertung hat er sich zu entscheiden, ob es kostengünstiger ist, die Gefahr eines Weiterverkaufes ohne vorherige Untersuchung in Kauf zu nehmen. Diese Rentabilitätsberechnung fällt ihm auch bedeutend leichter als dem Käufer, da er seinen Lieferanten ausgewählt hat und am besten dessen Zuverlässigkeit zu beurteilen imstande ist.²³⁹

Ein weiteres Indiz für den Einfluß des Beherrschbarkeitsgedankens auf die Zurechnung des Risikos sinnlosen Aufwandes läßt sich mit Hilfe eines Umkehrschlusses aus den Begriffen „zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch“ ableiten. Die Frage, welche Eigenschaften das Kaufobjekt im Sinne der für den Verkäufer relevanten Planung aufweisen soll, wird zu Recht *nicht nach den Grundsätzen der abstrakten Beherrschbarkeit* beantwortet.²⁴⁰ Das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit greift *nur* dort ein, wo es darum geht, ob die *eingepplanten* Eigenschaften auch wirklich vorhanden sind; denn der Vorsprung im Sinn abstrakter Beherrschbarkeit des Verkäufers erstreckt sich lediglich auf die Be-

²³⁵ Süß, Gewährleistung aaO, S. 117f; ähnlich J. Baur, ZHR 129, 15.

²³⁶ Das gilt auch für den Käufer, der zugleich auf seine Beherrschungsmöglichkeiten verzichtet.

²³⁷ Hier muß auch noch berücksichtigt werden, daß der Verkäufer die Risikofolgen partiell auf seinen Lieferanten abwälzen kann.

²³⁸ Hier mag noch der Gedanke einer atypischen Gefahrerhöhung eine Rolle spielen.

²³⁹ Die These, daß § 459 I BGB auf einem typischen Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers beruhe, läßt sich auch nicht durch einen Hinweis auf § 460 BGB entkräften. Das Gesetz entzieht dem Käufer, der bei verkehrserforderlicher Sorgfalt den Mangel erkennen konnte, den Gewährleistungsanspruch nicht. Es konnte nämlich in typisierender Betrachtungsweise davon ausgehen, daß, wenn schon den Käufer ein Verschuldensvorwurf trifft, der Verkäufer aller Wahrscheinlichkeit nach grob fahrlässig gehandelt hat. Hat hingegen der Käufer selbst auch grob fahrlässig gehandelt, so entfällt ein Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers, es sei denn, dieser hat positiv die Mangelhaftigkeit des Kaufobjektes gekannt.

²⁴⁰ Vgl. nur BGHZ 16, 55; Palandt-Putzo, BGB, § 459 Anm. 3.

schaffenheit des konkreten Objektes. Auf einer anderen Ebene liegen die Vorstellungen, die der Käufer mit dem Kaufobjekt verbindet, – mit anderen Worten, *welche Eigenschaften er erwartet oder erwarten darf*. Die hierfür maßgeblichen Faktoren wie individuelle Verwendungsplanung gehören zu den Interna des Käufers.²⁴¹ In Hinblick auf diese Faktoren besitzt der Verkäufer keinen Beherrschbarkeitsvorsprung. Der Käufer darf sich daher nur darauf berufen, er habe für seine Zwecke bestimmte Eigenschaften erwartet, wenn er sie offengelegt hat. Auch dann darf dem Verkäufer ein etwaiger Fehlschluß von dem ihm bekannten Verwendungszweck auf die zu seiner Realisierung erforderlichen Eigenschaften nicht nach Grundsätzen der abstrakten Beherrschbarkeit zugerechnet werden. Insoweit besitzt nämlich der Verkäufer ebenfalls keinen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung. Man denke nur an den Fall, daß der Käufer einen Impfstoff erwirbt und angibt, daß er das Mittel zu seiner Impfung verwenden wolle. Der Verkäufer vermag die individuelle körperliche Konstitution nicht besser als der Käufer zu beurteilen. Der Verkauf eines Mittels, das für den Käufer unverträglich ist, darf dem Verkäufer nur angelastet werden, wenn er dem *verkehrsüblichen* Wissen um diejenigen Eigenschaften zuwidergehandelt hat, die für die Verwirklichung der ihm offenbarten Zwecke nötig sind.²⁴² Fehlen solche Erfahrungssätze, so braucht der Verkäufer lediglich mit der *verkehrserforderlichen* Sorgfalt darüber zu befinden, ob das Kaufobjekt mit den vorgestellten Eigenschaften zur Befriedigung der Bedürfnisse ungeeignet ist.²⁴³

In Hinblick auf die für die Konkretisierung des Fehlerbegriffes wesentliche Erkennbarkeit der Verwendungsplanung findet mithin eine *Abschwächung der Intensität der Risikozurechnung* statt. Verfolgt der Käufer atypische Ziele, so gehören diese nur dann zu dem „nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch“, falls sie vom Verkäufer bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkannt werden konnten. Will der Käufer das Kaufobjekt wie üblich nutzen, dann muß die Kaufsache, um für den „gewöhnlichen Gebrauch“ tauglich zu sein, lediglich solche Eigenschaften aufweisen, die sie nach dem verkehrsüblichen Wissen zur Befriedigung der dem gewöhnlichen Gebrauch zugrunde liegenden Bedürfnisse tauglich machen. Ob ein Objekt mit diesen Eigenschaften im Ergebnis den Bedarf des Käufers deckt, ist demnach im Rahmen des § 459 I BGB unerheblich.

Daraus ergibt sich umgekehrt, daß der Verkäufer nach den Grundsätzen der *abstrakten* Beherrschbarkeit dafür einzustehen hat, daß diejenigen Eigenschaften, die der Veräußerer nach den Maßstäben *konkreter Beherrschbarkeit einzuplanen* hat, auch tatsächlich bei dem Kaufobjekt vorhanden sind; denn die für die Prüfung

²⁴¹ Vgl. *Calabresi/Hirschhoff*, 81 Yale Law Journal 1064 (1972).

²⁴² Vgl. *Simitis*, Verhandlungen des 47. DJT, Bd. I S. C/46.

²⁴³ Damit wird das Element des „gewöhnlichen Gebrauchs“ für eine wertungsgerechte Konkretisierung des Fehlerbegriffes fruchtbar gemacht. Wenn *Flume*, *Eigenschaftsirrtum* aaO, S. 146 dem entgegenhält, daß der „gewöhnliche Gebrauch“ auf die Wert- bzw. Tauglichkeitsminderung bezogen sei, so übersieht er die Doppelfunktion dieses Merkmals. Einmal soll es zeigen, in welcher Richtung der Fehler zu suchen ist. Zum anderen stellt es einen Bezugspunkt für die Erheblichkeit des Fehlers dar.

der Übereinstimmung von den hiernach für den „gewöhnlichen“ bzw. „nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch“ erforderlichen Eigenschaften einerseits und den faktischen Eigenschaften der Kaufsache andererseits notwendigen Daten liegen im Organisationsbereich des Verkäufers und nicht in dem des Käufers oder in der neutralen Sphäre.

Es darf nun freilich nicht der Schluß gezogen werden, eine konsequente Entfaltung des Gedankens der konkreten und abstrakten Beherrschbarkeit verlange, daß von einem Mangel schon immer dann gesprochen werden könne, wenn der Verkäufer die vom Käufer der Planung zugrunde gelegten Eigenschaften oder doch die von einer bestimmten Käufergruppe erwarteten Eigenschaften kennen muß.

Die Risikozurechnung auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsgedankens muß sich in dem Rahmen bewegen, in dem sich der jeweilige Partner *in den arbeitsteiligen Austausch eingliedern läßt*.

Beim Spezieskauf wird der Verkäufer nicht nur eingeschaltet, um dem Nachfrager Eigentum und Besitz zu verschaffen. Er soll aufgrund der ihm normalerweise offenstehenden besseren Beherrschungsmöglichkeiten auch dazu beitragen, daß die in die Planung aufgenommenen Daten und die wahren Eigenschaften nicht auseinanderfallen, – ohne daß sich das zu einer Pflicht verdichtet hätte. Der Bereich, in dem der Schuldner arbeitsteilig an der Planungsrealisierung mitwirkt, wird demnach nicht ausschließlich durch Pflichten beschrieben. Der Verkäufer kann nun, so wie es ihm freisteht, überhaupt tätig zu werden, auch den Kreis der Risiken, die er in Kauf zu nehmen bereit ist, enger ziehen. Einer Haftungsausschlußvereinbarung bedarf es hierzu nur, wenn Pflichten eingeschränkt werden sollen. Geht man von der Prämisse aus, daß sich die Vereinbarung der Kaufvertragsparteien nicht auf die Beschaffenheit der Sache erstreckt, so muß ein bloßer Hinweis des Verkäufers genügen, er könne bestimmte Risiken nicht beherrschen. Der Veräußerer zeigt damit dem Käufer an, daß er nicht bereit ist, im Hinblick auf gewisse Planungsfaktoren arbeitsteilig mitzuwirken. Der Käufer wird darauf entweder mit voller Ausschöpfung seiner Beherrschungsmöglichkeiten oder mit einer Minderung des Entgelts reagieren, in der ein Wagniszuschlag²⁴⁴ zum Ausdruck kommt.²⁴⁵

²⁴⁴ Die Höhe der Wagnisprämie wird den Verkäufer veranlassen, Untersuchungen anzustellen, wenn die hierzu notwendigen Kosten niedriger als die Wagnisprämie sind. Das Ziel optimalen Einsatzes wirtschaftlicher Ressourcen kommt also nicht ganz ins Hintertreffen. Zuzugeben ist allerdings, daß für die Käufer durch diese Form der Risikoverteilung ein größerer Unsicherheitsfaktor als bei normalen Verkäufen entsteht, weil sie das Risiko schlechter einschätzen können. Er wird aber dadurch weitgehend entschärft, daß die Käufer in derartigen Fällen von einem besonders hohen Risiko ausgehen können. Zum Zweck des Letztverbraucherschutzes mag man aus sozialpolitischen Gründen die Relevanz einer bloßen „Warnung“ verneinen und damit zu einer Art Kontrahierungszwang kommen. Vgl. *Calabresi/Hirschhoff*, 81 Yale Law Journal, 1062ff (1972) zur Frage der Produzentenhaftung. Dieser Bereich kann hier, wo es um die Gewährleistung schlechthin geht, ausgeklammert bleiben.

²⁴⁵ Einschränkung *Calabresi/Hirschhoff*, 81 Yale Law Journal 1062f (1972), die die überhöhte Risikobereitschaft des Käufers und seine Ausweichmöglichkeiten auf andere Produkte mit berücksichtigen wollen. Damit sollen langfristig Risiken ausgeschaltet werden. Von Spe-

In § 2376 II BGB hat sich ein typischer Fall niedergeschlagen, in dem der Verkäufer offensichtlich nicht bereit ist, seine Beherrschungsmöglichkeiten in irgendeiner Form wahrzunehmen. Verkauft der Erbe die Erbschaft als Ganzes, so wird er in der Regel die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände erst gar nicht näher untersuchen und bewerten, sondern nur oberflächlich abschätzen, wenn er sich überhaupt die tatsächliche Sachherrschaft verschafft hat; denn Sinn des Verkaufes der gesamten Erbschaft ist es ja gerade, daß sich der Veräußerer mit der Überprüfung der rechtlichen und tatsächlichen Situation, in der der Erblasser gestanden hatte, nicht weiter abzugeben braucht. Der Käufer kann deshalb auch nicht damit rechnen,²⁴⁶ daß der Erbe irgend einen Beitrag zur Realisierung seiner Planung in Hinblick auf die Beschaffenheit der Objekte leisten wird.

Der Verkäufer kann sich mithin der Risikozurechnung trotz eines typischen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprunges mit dem bloßen Hinweis entziehen, er wisse nicht, ob das Kaufobjekt die vom Käufer gewünschten Eigenschaften aufweise.²⁴⁷ Gibt allerdings der Veräußerer auf die Frage des Erwerbers nach bestimmten Eigenschaften bloß keine Antwort, so wird man den Umständen zu entnehmen haben, inwieweit sich der Veräußerer einer arbeitsteiligen Mitwirkung versagen wollte.²⁴⁸ Jedenfalls genügt die Bemerkung des Verkäufers, das angebotene Objekt stamme aus einer Produktion mit 20prozentiger Fehlerquote, nicht, um daraus abzuleiten, daß der Verkäufer nicht für die Qualität des *konkreten* Gegenstandes einstehen wolle. Es bleibt hier nämlich offen, ob der Verkäufer sich in Hinblick auf den konkreten Gegenstand vergewissert hat oder vergewissern wird, daß er fehlerfrei ist. Mittelbar bringt daher auch die Tatsache, daß der Verkäufer die Risikolast mit dem Hinweis auf den Käufer abwälzen kann, ihm seien die Eigenschaften des Kaufobjektes unbekannt, eine Bestätigung für die Rolle des Beherrschbarkeitsgedankens im Rahmen der Sachmängelgewährleistung.

c) § 446 I i. V. m. §§ 323 I, 459 I BGB

Eine wesentliche Voraussetzung *für die Belastung des Verkäufers* mit dem Risiko nutzlosen Aufwandes (Preisgefahr) bildet im Rahmen des § 446 I BGB, wie schon im Zusammenhang mit § 243 II BGB und dem § 459 I BGB angeklungen war, der

zialbereichen abgesehen wird aber die individuelle Risikobereitschaft grundsätzlich von der Rechtsordnung ignoriert. (Vgl. oben 2. Kap. S. 85 Fn. 40).

²⁴⁶ Vgl. BGH, WM 70, 821.

²⁴⁷ Zweifelhaft in dem vom BGH (BGHZ 16, 54) entschiedenen Fall, in dem der Verkäufer auf das Urteil Dritter über Eigenschaften des von ihm angebotenen Apparates hinweist. Der BGH wertete dies lediglich als Materialbeitrag für die vom Käufer eigenverantwortlich vorzunehmende Prüfung der Brauchbarkeit. Im übrigen ist festzuhalten, daß eine Haftung wegen arglistigen Verschweigens natürlich auch dort eingreift, wo der Verkäufer seine arbeitsteilige Mitwirkung im Hinblick auf die Aufdeckung von Mängeln verweigert, da angesichts des positiven Wissens um bestimmte Mängel keine besondere Untersuchung des Kaufobjektes erforderlich ist.

²⁴⁸ Vgl. BGH, NJW 70, 653 ff.

Beherrschbarkeitsvorsprung, den der Verkäufer *bis zur Übergabe* des Kaufgegenstandes besitzt.

In der Literatur wird in Anlehnung an den historischen Gesetzgeber der § 446 I BGB im allgemeinen auf zwei Pfeiler gestützt. Zum einen wird gesagt, daß der Käufer mit der Übergabe des Kaufobjektes die Möglichkeit erwerbe, den Gegenstand *zu nutzen*. Der Käufer müsse daher nach dem Grundsatz, daß derjenige, der den Nutzen ziehe, auch das Risiko zu tragen habe, die Gefahr einer Verschlechterung bzw. eines Unterganges des Kaufobjektes auf sich nehmen.²⁴⁹ Zum anderen werde *der Käufer* mit der Übergabe des Leistungsgegenstandes in die Lage versetzt, die Gefahr eines Unterganges oder einer Beschädigung *zu steuern*, da sich die Sache nunmehr in seinem tatsächlichen Herrschaftsbereich befinde.²⁵⁰

Mit der Übergabe der Sache ist nun sicherlich der wesentliche Teil der mit dem Kauf bezweckten Wertzufuhr abgeschlossen, *aber eben nur ein Teil*. Solange der Gegenstand dem Käufer noch nicht übereignet ist, kann dieser ihn nicht uneingeschränkt nutzen, wozu auch gehört, daß er aus einer sofortigen Übereignung an einen Dritten Gewinn zu ziehen vermag. Es erscheint daher unangemessen, dem Käufer aufgrund des Gedankens der Kongruenz von Nutzen und Risiko die Gefahr aufzuerlegen, sinnlos den vollen Kaufpreis zahlen zu müssen, der *gerade auch* den in der Veräußerlichkeit liegenden Nutzen repräsentiert.²⁵¹

Mehr Überzeugungskraft kommt dem anderen Argument zu, das den Beherrschbarkeitsgedanken ins Spiel bringt.²⁵² Dabei wird jedoch verkannt, daß § 446 I BGB *weniger* an die Beherrschungsmöglichkeit *des Käufers*, denn an die *des Verkäufers* anknüpft. Der Umstand allein, daß sich der Kaufgegenstand nach der Übergabe im Herrschaftsbereich des Käufers befindet, heißt nämlich noch nicht, daß der Erwerber *alle* nur denkbaren Gefahren von ihm abwenden könnte. Beherrschbar im abstrakten Sinn sind Gefahren, die aus dem Herrschaftsbereich des Käufers, aus einer mangelhaften Organisation seiner Sphäre entspringen, beispielsweise aber *nicht* die „von außen“ kommenden Störungen, die auf *höherer Gewalt* beruhen.²⁵³ Der § 446 I BGB rechnet aber dem Käufer durchaus sachgerecht das Risiko derartiger unbeherrschbarer Risiken zu, so daß der Einwand Beitzkes²⁵⁴ gegen das auf die Beherrschungsmöglichkeiten des Käufers abstellende Verständnis der Gefahrtragungsregel, des § 446 I BGB bedürfe es ja nur, weil bestimmte Risiken unbeherrschbar seien, im Ergebnis durchaus berechtigt erscheint.

²⁴⁹ Soergel-Ballerstedt, BGB, § 446 Anm. 1 und 4; Esser, SchR II, S. 25; RGRKomm z HGB – Würdinger-Röhricht, vor § 373 Anm 181; Beitzke, MDR 47, 282; Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 81; vgl. ferner Larenz, SchR II, S. 75; Filios, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, S. 16 f. m. weit. Nachw.

²⁵⁰ Vgl. Prot. II, S. 61 f.

²⁵¹ So im Ergebnis auch Rabel, Warenkauf II, S. 297; vgl. auch Prot. II, S. 61 f.

²⁵² Prot. II, S. 61 f.

²⁵³ Deshalb will beispielsweise Schilcher, JurBlätter 1964, 295 in derartigen Fällen die Gefahr beim Verkäufer belassen.

²⁵⁴ Beitzke, MDR 1947, 282.

Der Gehalt des § 446 I BGB erschließt sich im Lichte des Veranlassungs-²⁵⁵ und Beherrschbarkeitsgedankens.

Der Käufer, der sich die Ware *nicht sofort* nach Vertragsschluß *übereignen und übergeben läßt*, setzt den Verkäufer einem Lagerrisiko aus. Er veranlaßt die Gefahr, daß das Kaufobjekt beim Verkäufer beschädigt oder zerstört wird, bevor der volle Leistungserfolg eingetreten und das Bedürfnis des Käufers befriedigt ist. Diesem Risiko hätte der Verkäufer *ausweichen* können, wenn er die Sache *an einen anderen potentiellen Nachfrager veräußert hätte*,²⁵⁶ bei dem sie möglicherweise nicht untergegangen wäre. Das leuchtet sofort anhand folgenden Beispiels ein: Zwei Nachfrager, A und B bemühen sich um den Erwerb eines Bildes. A will es erst nach einer Woche geliefert haben; B möchte es sofort mitnehmen. Der Verkäufer schließt den Vertrag mit A. Bevor das Bild geliefert werden kann, bricht in den Ausstellungsräumen des Verkäufers ein Brand aus, bei dem das Bild schwer beschädigt wird. Die vom Käufer verursachte *Gefahrerhöhung* wäre unterblieben, wenn der Verkäufer den Vertrag mit B geschlossen und das Bild sofort an ihn übergeben hätte. Jhering^{256a} kennzeichnet diese Veranlassung eines erhöhten Risikos mit den Worten, derjenige, der nicht sofort abnehme, verschulde den Aufschub und gründete darauf den Grundsatz des „periculum est emptoris“.

Nun hat der Gesetzgeber das *Veranlassungsprinzip zu Recht nicht verabsolutiert*, sondern in § 446 I BGB *auch* berücksichtigt, daß der Verkäufer *bis zur Übergabe* einen klaren Beherrschbarkeitsvorsprung besitzt. Erst mit der Übergabe des Kaufobjektes an den Käufer verliert der Verkäufer – worauf in der II. Kommission das entscheidende Gewicht gelegt wurde²⁵⁷ – die Möglichkeit, Gefahren, die die Unversehrtheit des Gegenstandes bedrohen, effizienter als der Käufer abzuwehren. Die Sache befindet sich *nun* im Organisationsbereich des Käufers, auf den der Verkäufer keinen Einfluß hat. Soweit die Störung hingegen aus der neutralen Sphäre stammt, kann sie der Käufer von diesem Zeitpunkt an typischerweise ebenfalls besser als der Verkäufer unter Kontrolle halten.

Nach der Übergabe beruht mithin die Zuordnung des Risikos an den Käufer einerseits auf der Veranlassung der Gefahr und zum anderen auch auf dem Umstand, daß der Käufer die dem Kaufobjekt drohende Gefahr zumindest ebensogut, in der Regel aber besser als der Verkäufer vorherzusehen und gegebenenfalls auszuschalten imstande ist. *Umgekehrt* folgt daraus, daß dem *Verkäufer* das Risiko *bis zur Übergabe* zugerechnet wird, weil er in diesem Zeitraum über die eindeutig

²⁵⁵ Vgl. hierzu 2. Kap. S. 95 ff und unten S. 190 ff.

²⁵⁶ Hierdurch wird auch die Rechtsfolge, die den Wert des nun sinnlos gewordenen Aufwandes mit dem Kaufpreis gleichsetzt, gerechtfertigt. Mangels objektiver Wertmaßstäbe und angesichts der Schwierigkeit, ex post ein Urteil über die Möglichkeit anderweitiger Veräußerung abzugeben (vgl. auch 4. Kap. S. 311 ff), muß in generalisierender Betrachtungsweise der durch die Zerstörung bzw. Beschädigung der Sache veranlaßte Aufwand, daß das Objekt der Gefahr exponiert wurde, mit dem Kaufpreis bewertet werden.

^{256a} Jhering, JherJb 3, 449; 4, 306 ff; vgl. auch Wächter, AcP 15, 197.

²⁵⁷ Prot. II, S. 61 f.

besseren, wenn nicht alleinigen Beherrschungsmöglichkeiten²⁵⁸ verfügt.²⁵⁹ Dies braucht im Hinblick auf Störungsfaktoren, die in der Sphäre des Verkäufers liegen oder sich in ihr realisieren, nicht weiter betont zu werden. Gleiches gilt auch für die Fälle, in denen der Verkäufer Dritte mit der Aufbewahrung beauftragt hat. Reichen deren Schutzvorkehrungen nicht aus, so muß sich der Verkäufer das zurechnen lassen, weil er den Dritten ausgesucht hat und das mit einer hinausgeschobenen Übereignung verbundene Risiko nicht einfach dadurch abwälzen kann, daß er das Kaufobjekt verwahren läßt.²⁶⁰

Zweifelhaft werden die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten des Verkäufers indessen dann, wenn die Übergabe nicht sofort erfolgt, weil das Kaufobjekt bei Vertragsschluß noch vermietet ist. In einem solchen Fall hat der Käufer aber keine Risikoerhöhung veranlaßt, da der Verkäufer den Kaufgegenstand auch anderen potentiellen Nachfragern nicht hätte sofort übergeben können. In einem derartigen Fall kann daher dem Käufer das Risiko sinnlosen Aufwandes nicht zugerechnet werden.

Allerdings belastet § 446 I BGB den Verkäufer auch in Fällen mit der Preisgefahr, in denen die Verzögerung der Übergabe auf den Käufer zurückgeht und die Sache durch ein *evident unbeherrschbares* Ereignis zerstört worden ist. Die Kette ähnlich strukturierter Normen sowie die Plausibilität der auf der Grundlage des Veranlassungs- und Beherrschbarkeitsprinzips gewonnenen Ergebnisse beweisen aber, daß der Gesetzgeber die Übergabe typisierend als den Moment ausgewählt hat, bis zu dem der Verkäufer das vom Käufer veranlaßte Risiko besser zu beherrschen vermag. Daneben mag auch der Gedanke der Absorbierbarkeit, auf den noch näher einzugehen ist,²⁶¹ eine gewisse Rolle spielen. Der Gesetzgeber hat sich somit für ein Kriterium entschieden, das in der Regel der Austauschgerechtigkeit und zugleich dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entspricht. Die grundsätzliche Bedeutung des Beherrschbarkeitsprinzips wird dadurch jedenfalls nicht beeinträchtigt. Ob und inwieweit man das Element der Rechtssicherheit zurückdrängen sollte, kann hier dahingestellt bleiben.

²⁵⁸ Siebert, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft, S. 126; Schwenk, RabelsZ 35, 656; in diese Richtung tendieren auch der BGH, DB 64, 1697; Rabel, Warenkauf II, S. 303; Medicus, Bürgerliches Recht, S. 122; Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 182.

Die gleiche Wertung spielt auch bei der Restriktion des § 350 BGB eine Rolle, wo zu Recht die Ansicht vertreten wird, der Rücktritt sei auszuschließen, wenn das Objekt beim Rücktrittsberechtigten ohne dessen Verschulden untergegangen ist. Vgl. Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, S. 204; v. Caemmer, Festschrift Larenz, S. 632 ff; Wieling, JuS 73, 399. In Fällen höherer Gewalt sollte man den Rücktrittsberechtigten jedenfalls dort von der Gefahr eines zufälligen Unterganges entlasten, wo der arbeitsteilige Austausch durch das Verhalten des anderen Teils gestört worden ist.

²⁵⁹ Diese Erklärung paßt nicht für die Behandlung derjenigen Fälle, in denen Konossemente übergeben wurden. Den dort auftretenden besonderen Interessenkonstellationen wird kraft Handelsbrauches durch eine von § 447 BGB abweichende Risikoverteilung Rechnung getragen.

²⁶⁰ Vgl. OLG Hamburg, LZ 1920, 489.

²⁶¹ Vgl. oben S. 89 ff und unten S. 179 ff.

d) § 552 BGB

Der § 552 BGB beruht auf denselben Elementen wie der § 446 I BGB. Auch er belastet den Leistungsempfänger mit der Preisgefahr und entlastet den Schuldner von dem durch den Mieter veranlaßten Risiko²⁶² nutzlosen Aufwandes, weil er die in der Person des Mieters liegenden Ursachen für eine Primär- bzw. Sekundärzweckstörung (Verhinderung, das Mietobjekt zu gebrauchen) jedenfalls nicht besser²⁶³ als sein Vertragspartner zu beherrschen oder zu absorbieren vermag.

Diese Erklärung der ratio legis ist bedeutend einleuchtender als der vom historischen Gesetzgeber für den § 552 BGB genannte Grund, daß der „einseitige Akt der Gebrauchsüberlassung eine „wirkliche reelle Erfüllung“²⁶⁴ darstelle, da er nicht sagt, warum eine Erfüllung vorliegt, obwohl der Mieter das Mietobjekt nicht in Besitz nehmen kann. Der § 552 BGB darf auch nicht auf den Sphärengedanken²⁶⁵ als einen völlig selbständigen, nicht weiter ableitbaren topos der Zurechnung oder gar auf die Idee, daß die den Gebrauch hindernden Ereignisse normalerweise zum „Schicksal“ des Mieters gehören,²⁶⁶ zurückgeführt werden, da deren rationale Wurzeln nicht offengelegt werden können.

Das RG²⁶⁷ befand sich hingegen auf dem richtigen Weg, als es betonte, daß der Vermieter vom Einfluß auf die in der Person des Mieters liegenden Gründe ausgeschlossen sei. Das ist nun sicher richtig bei Störungsfaktoren, die dem *persönlichen Bereich* des Mieters entspringen. Soweit sie „von außen“ auf die Person des Mieters einwirken und dadurch den Gebrauch unmöglich machen, kann von einem Beherrschbarkeitsvorsprung des Vermieters ebenfalls keine Rede sein; denn der Mieter vermag typischerweise nicht nur die Intensität der Gefahr besser zu prognostizieren, sondern auch eventuelle Störungen effizienter in Bann zu halten. Somit demonstriert auch § 552 BGB, daß dem *Schuldner* grundsätzlich ein vom Gläubiger veranlaßtes Risiko nutzlosen Aufwandes *nicht schon dann* zugerechnet werden darf, wenn er die versprochene Leistung nicht zu erbringen imstande ist („do ut des“ – Gedanke), sondern *nur* dann, wenn er dieses Risiko *besser als der Gläubiger* steuern oder wenigstens absorbieren kann.²⁶⁸

Diese Deutung des § 552 BGB wird auch nicht durch den § 569 BGB in Frage gestellt, der dem Erben beim Tod des Mieters das Recht gibt, trotz längerer, vertraglich vereinbarter Kündigungsfristen oder eines Mietvertrages über einen festen Zeitraum den Vertrag mit gesetzlicher Frist zu kündigen. Der Vermieter kann dadurch erheblichen Schaden erleiden, wenn

²⁶² Zum Gedanken der Veranlassung vgl. oben S. 35 ff.

²⁶³ Es wird hier bewußt die einschränkende Formulierung „jedenfalls nicht besser“ verwandt, da § 552 BGB in Fällen, in denen die Störungen von beiden Parteien gleich gut gesteuert werden bzw. deren Folgen gleich gut aufgefangen werden können, allein auf den Veranlassungsgedanken zurückzuführen ist.

²⁶⁴ Mot. II. S. 461.

²⁶⁵ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 33.

²⁶⁶ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 84.

²⁶⁷ RGZ 147, 309.

²⁶⁸ Zum Absorptionsprinzip vgl. oben, 2. Kap. S. 89 ff und unten S. 178 ff.

im Zeitpunkt des Vertragsschlusses auch Dritte bereit gewesen wären, das Mietobjekt langfristig anzumieten und im Zeitpunkt des Todes des Mieters mit sinkender Konjunktur die Mietpreise gefallen sind.

Ein Blick in die Gesetzesmaterialien²⁶⁹ zeigt indessen, daß § 569 BGB nur eine eng begrenzte Sonderregelung trifft. Der Mieter, bzw. der Erbe, wird nicht deshalb vorzeitig aus dem Vertrag entlassen, weil der Mieter das Risiko seines Todes nicht steuern kann oder gar, weil dem Erben nicht zuzumuten ist, eine Leistung, die er nicht verwenden kann, über die gesamte Vertragsdauer hinweg zu honorieren.²⁷⁰ Das Gegenteil beweist eindeutig § 552 BGB. Der Gesetzgeber wollte mit dem § 569 BGB vielmehr dem „mehr persönlichen Charakter“²⁷¹ des Mietverhältnisses Rechnung tragen. Der Vermieter sollte sich – ebensowenig wie der Erbe – nicht ein Mietverhältnis aufdrängen lassen müssen, bei dem der historische Gesetzgeber von einem engen persönlichen Kontakt unter den Vertragsparteien ausging. Der § 569 BGB sieht daher auch ein vorzeitiges Kündigungsrecht für den Vermieter vor, das sinnwidrig wäre, wenn § 569 BGB ausschließlich den Zweck hätte, den Umfang der Risikozurechnung gemäß § 552 BGB bei einer Störung zu begrenzen, die für den Mieter unbeherrschbar ist.

e) § 645 I BGB

Bezeichnenderweise entlastet auch²⁷² § 645 I BGB den Werkunternehmer bei einer Leistungsstörung zumindest partiell von der Gefahr nutzlosen Aufwandes, die der Unternehmer als Schuldner typischerweise im „abstrakten“ Sinne entweder *schlechter* oder *allenfalls genauso gut* wie der Besteller zu steuern vermag. Der Besteller ist nämlich grundsätzlich in Fällen, in denen das Werk infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes bzw. einer vom Besteller erteilten Ausführungsanweisung untergegangen oder unausführbar geworden ist, verpflichtet, den fruchtlos gebliebenen Arbeits- und Materialaufwand zu vergüten.

aa) Wurzeln des § 645 I BGB

Der historische Gesetzgeber hat allerdings die ratio des § 645 I BGB nicht darin gesehen, daß dem Schuldner im Hinblick auf ein vom Besteller veranlaßtes Risiko, das von potentielltem Nachfrager zu Nachfrager recht unterschiedlich ist, ein Beherrschbarkeitsvorsprung fehlt. Die erste Kommission²⁷³ hatte § 645 I BGB vielmehr aus dem unsicheren Gefühl heraus eingeführt, es sei unangemessen, sich ausschließlich am Unmöglichkeitsbegriff zu orientieren und gemäß § 323 I BGB dem Werkunternehmer die volle Last sinnlosen Aufwandes aufzuerlegen, falls das Werk infolge eines Stoffmangels fehlerhaft oder unausführbar geworden ist. Sie fand sich aus „Billigkeitsrücksichten“ bereit, dem Unternehmer wenigstens einen Teil der Gegenleistung zuzugestehen, ohne die Gründe für diese Billigkeitsentscheidung

²⁶⁹ Mot. II, S. 416.

²⁷⁰ So aber Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 63f.

²⁷¹ Mot. II, S. 416.

²⁷² Es zeigt sich hier, daß es auch gar nicht wesentlich darauf ankommt, ob der Primär- oder der Sekundärzweck gestört ist. Die relevanten Zurechnungsgründe sind in weiten Bereichen dieselben. Verfehlt ist daher die starke Differenzierung, die Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 17ff, 132ff vornimmt.

²⁷³ Mot. II, S. 500; ebenso Soergel-Ballerstedt, BGB, § 645 Anm. 1.

weiter offenzulegen. Eine Minorität der zweiten Kommission,²⁷⁴ die in Zusatzanträgen forderte, den Schuldner von den Folgen eines „bei dem Besteller eingetretenen Umstandes“ bzw. der „höheren Gewalt“ zu entlasten, hat zwar den Beherrschbarkeitsgedanken ins Spiel gebracht. In einem der Abänderungsanträge²⁷⁵ wird zutreffend betont, daß die Vorschrift des § 645 I BGB nicht auf bloßen Billigkeitsrück-sichten beruhe; die Beschränkung des § 323 I BGB liege vielmehr im Sinne des Vertrages. Die in § 645 I BGB erfaßten Gefahren seien auf solche „von außen“ kommende Risiken zu erweitern, die der Unternehmer bei Abschluß des Vertrages nicht in seine Überlegungen einbezogen und die er deshalb bei Bemessung der Vergütung auch nicht einkalkuliert habe. Der Besteller könne dem Unternehmer nicht zumuten, mit ihnen zu rechnen und seine Arbeit sowie Aufwendungen durch einen *auf der Seite des Bestellers* eintretenden Zufall zu verlieren. Ein solcher Zufall sei ein Unglück, das zunächst den Besteller treffe, das ihn auch treffen würde, wenn er selbst das Werk herstellen würde. Auch der zweite Antragsteller,²⁷⁶ der das Kriterium „höhere Gewalt“ eingefügt wissen wollte, wies darauf hin, daß „höhere Gewalt“ „gleichfalls als etwas von außen kommendes, außer Berechnung Liegendes angesehen“ werden müsse, ein Umstand also, der sich auf den Besteller auch dann ausgewirkt hätte, wenn er sich selbst mit der Herstellung des Werkes befaßt hätte.

Die Abänderungsanträge wurden jedoch nicht Gesetz. Dabei ließ sich die Kommissionsmehrheit offensichtlich stark von Praktikabilitätsabwägungen leiten. Die Anträge der Minderheit wurden nämlich zum einen mit dem Argument abgewiesen, es sei für den Besteller nicht minder unbillig, wenn er Arbeit vergüten solle, die den von ihm erstrebten Erfolg nicht gehabt habe; für die Wirkung eines Zufalles könne es keinen Unterschied machen, woher das Ereignis stamme.²⁷⁷ Dabei übersah sie, daß sie selbst diesen Argumenten durch den auch von ihr befürworteten § 645 I BGB den Boden entzogen hatte, der sehr wohl nach der Art der Gefahrenquelle differenziert und den Besteller trotz der Äquivalenzstörung zur Zahlung einer Teilvergütung verpflichtet.

Den Ausschlag dürfte daher die Befürchtung gegeben haben, durch die beantragte Neufassung des § 645 BGB werde die Rechtssicherheit gefährdet.²⁷⁸ Der Mehrheitsmeinung zufolge entbehrte das Kriterium des „bei dem Besteller eingetretenen Umstandes“ der notwendigen Bestimmtheit, um praktikabel zu sein. So würde die Rechtsanwendung nicht ohne weiteres dazu gelangen, einen Mangel des vom Besteller gelieferten Stoffes als einen „bei dem Besteller“ eingetretenen Umstand anzusehen. Auch die Übernahme des Kriteriums „höhere Gewalt“ sei wenig empfehlenswert. Nicht nur sei es ratsam, den mit starken Zweifeln belasteten Begriff der höheren Gewalt soweit wie möglich zu vermeiden, sondern bei seiner Übernahme

²⁷⁴ Prot. II, S. 329, 332 f.

²⁷⁵ Prot. II, S. 333.

²⁷⁶ Prot. II, S. 334.

²⁷⁷ Prot. II, S. 335.

²⁷⁸ Prot. II, S. 334 f.

in das Gesetz seien auch heikle und oft ergebnislose Streitigkeiten zu besorgen, ob sich das Werk zur Zeit seiner Zerstörung in einem vertragsgemäßen Zustand befunden habe. Ob die Kommissionsmajorität wenigstens die Bedeutung des fehlenden Beherrschungsvorsprungs des Unternehmers für die endgültige Fassung des § 645 I BGB anerkannt hat, ist demnach nicht klar ersichtlich.

bb) die Deutung des § 645 I BGB in Literatur und Rechtsprechung

Die von der ersten Kommission zur Begründung des § 645 I BGB herangezogenen „Billigkeitsrücksichten“ sind für ein tieferes Verständnis dieser Vorschrift unzureichend. Die Regelung wird nur dann einsichtig, wenn man erkennt, daß diese Norm wesentlich²⁷⁹ vom Beherrschbarkeitsgedanken – und sei es auch nur in der negativen Variante, daß der Unternehmer das Risiko nicht besser als der Besteller beherrschen kann – geprägt wird.

Dieser Interpretationsansatz findet sich auch in Literatur und Rechtsprechung, die diese Vorschrift teilweise als Ausfluß des Sphärengedankens²⁸⁰ bzw. der Gefahrennähe²⁸¹ deuten. Ferner wird auf die Beherrschungsmöglichkeiten des Bestellers²⁸² hingewiesen,²⁸³ ohne daß freilich zugleich gesagt wird, warum gerade die Beherrschungsmöglichkeiten des Bestellers den Ausschlag geben sollen; denn es ist keineswegs so, daß für den Unternehmer die Gefahr einer mangelhaften Werkleistung immer völlig unbeherrschbar wäre, da der Unternehmer den Stoff ja nur über das verkehrserforderliche Maß hinaus zu untersuchen braucht, um auf diese Weise etwaige Mängel rechtzeitig feststellen zu können.²⁸⁴ Unzureichend für die Bestimmung der ratio des § 645 I BGB ist auch der *isolierte* Sphärengedanke sowie das Element des „näher dran“, da ihre Tragweite nicht genau übersehen werden kann. Für ein sachgerechtes Verständnis des § 645 I BGB bedarf es einer exakteren Beschreibung des Einflusses des Beherrschbarkeitsgedankens und seines Stellenwertes. An die Stelle eines allgemeinen Hinweises auf die Beherrschungsmöglichkeiten des Bestellers muß die Erkenntnis treten, daß der Besteller über einen typischen Vorsprung im Sinne der *abstrakten* Beherrschbarkeit verfügt oder die durch die Stoffmängel bzw. die fehlerhaften Anweisungen ausgelöste Gefahr *zumindest* abstrakt gleich gut beherrschen kann.

²⁷⁹ Zum Eingreifen des Veranlassungsprinzips in den Fällen, in denen der Mangel unvorhersehbar oder unerkennbar war, vgl. unten S. 194f.

²⁸⁰ Heck, SchR, S. 348; Söllner, AcP 167, 142f; wohl auch Palandt-Thomas, BGB, § 645 Anm. 3b dd.

²⁸¹ Esser, SchR II, S. 173; Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 658; Oertmann, AcP 116, 40; BGH, NJW 73, 319.

²⁸² Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 208 spricht von einem typisierten Auswahlverschulden und übersieht damit, daß für eine Typisierung nur Raum ist, wenn normalerweise der Mangel vom Besteller mit verkehrsbüblichem Aufwand hätte festgestellt werden können. Das ist kaum wahrscheinlich. Zutreffend Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 37.

²⁸³ Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 135ff; Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 37, 40, 42; zustimmend wohl auch Larenz, SchR II, S. 239 Fn. 1; Erman, JZ 65, 658, 660; Hofmann, MDR 63, 700; BGHZ 40, 75.

²⁸⁴ Unzutreffend insoweit Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 42.

cc) Der Beherrschbarkeitsgedanke in Fällen anfänglicher Stoffmängel

Ist der Stoff *schon bei Vertragsschluß* mangelhaft, so besitzt der Besteller normalerweise in Hinblick auf die Qualität des Stoffes einen Informationsvorsprung. Er hat den Lieferanten des Stoffes ausgewählt und vermag am besten dessen Zuverlässigkeit abzuschätzen. Darüber hinaus befand sich der Stoff regelmäßig längere Zeit bis zum Vertragsschluß in seinem Organisationsbereich oder in der Sphäre eines von ihm beauftragten Dritten. Veränderungen, die in diesem Zeitraum an dem Stoff bemerkbar wurden, konnte er zuverlässiger beobachten. Gleiches gilt auch dort, wo nur mit der Möglichkeit einer Veränderung gerechnet werden muß, da der Besteller die Einflüsse, denen der Stoff ausgesetzt war, besser erkennen konnte. Jedenfalls aber wird man nicht sagen können, der *Unternehmer* sei in der Lage, die *Gefahr*, daß der Stoff *verdeckte Mängel* aufweist, *besser* als der Besteller abzuschätzen. Das zeigt sich deutlich in dem Fall, in dem der Besteller mit einem Reinigungsunternehmen einen Vertrag über die Reinigung eines Anzuges schließt, in dessen Stoff – äußerlich unerkennbar – extrem empfindliche Kunstfasern verwoben sind, die durch alle üblicherweise verwendeten Reinigungsflüssigkeiten aufgelöst werden. Dieses für die Rentabilität außergewöhnlicher Untersuchungsmaßnahmen wesentliche Datum vermag der Unternehmer allenfalls genauso gut wie der Besteller zu erkennen.

dd) Der Beherrschbarkeitsgedanke in Fällen nachträglicher Stoffmängel

Die Informationsmöglichkeiten verschieben sich noch zugunsten des Bestellers, wenn der Besteller den Stoff erst *nach Vertragsschluß erwirbt*. Der Unternehmer besitzt auf die Beschaffung des Stoffes keinerlei Einfluß. Er vermag daher auch nicht sicherzustellen, daß der Besteller einen Stoff auswählt, der die üblichen Eigenschaften aufweist. Die gesamten Steuerungsmöglichkeiten liegen beim Besteller, der sich den Stoff besorgt. Dieser typische Beherrschbarkeitsvorsprung des Bestellers zeigt sich auch in den Fällen, in denen der Stoff *nach* Vertragsschluß mangelhaft wird, *während* er beim *Besteller* oder bei einem in seinen Diensten stehenden Dritten *lagert*. Der Besteller bzw. der Dritte können normalerweise die mit der Lagerung verbundenen Gefahren besser vorhersehen und steuern. Das bedarf für Störungen, die aus ihrer Sphäre stammen, keiner Betonung. Aber auch Gefahren, die dem Stoff »von außen« drohen, können üblicherweise von der Seite des Bestellers her besser prognostiziert werden. Auf dieser Basis können die zum Schutz des Stoffes notwendigen Vorkehrungen billiger getroffen und ihre Rentabilität aufgrund der exakteren Kenntnisse um die potentiellen Störungen genauer beurteilt werden.

Darüber hinaus ist dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der Unternehmer, wenn man ihm das Risiko auf der Grundlage des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit zurechnen würde, *schon bei Vertragsschluß* die Wahrscheinlichkeit, daß später an dem Stoff ein Mangel entsteht, bewerten *müßte*; denn die abstrakte Beherrschbarkeit der Gefahr nutzlosen Aufwandes setzt voraus, daß der Unternehmer die Risiken, denen er sich später ausgesetzt sieht, durch entsprechende Bemessung seiner Vergütung abdecken und auf dieser Grundlage entscheiden kann, ob es loh-

nender ist, den Mangel rechtzeitig festzustellen oder das Risiko auf sich zu nehmen. Ist die Wahrscheinlichkeit einer späteren Schädigung des Stoffes groß, so müßte der Unternehmer ein höheres Entgelt verlangen, um damit eingehendere Untersuchungen zu finanzieren. Diesen Risikofaktor, der von Nachfrager zu Nachfrager schwankt, vermag der Unternehmer nicht zuverlässig genug zu bewerten. Er sähe sich daher immer der Gefahr ausgesetzt, daß das vereinbarte Entgelt außergewöhnliche Untersuchungsmaßnahmen nicht deckt, falls er anfangs die Wahrscheinlichkeit eines Mangels zu gering eingeschätzt hat und ihm später Umstände bekannt werden, die die Wahrscheinlichkeit eines Stoffmangels vergrößern.

Bezeichnenderweise endet denn auch die Belastung des Bestellers mit dem Risiko, daß der Stoff mangelhaft wird, in dem Augenblick, in dem der Stoff geliefert worden ist, in dem also der Stoff in den Herrschaftsbereich des Unternehmers gelangt ist (§§ 644, 645 I BGB). Nunmehr vermag der Unternehmer typischerweise die dem Stoff in seinem Bereich drohenden Störungen besser vorherzusehen und zuverlässiger zu ermitteln, welche Abwehrmaßnahmen angesichts der Gefahr von Fehlinvestitionen rentabel sind. Diese Abwehrmaßnahmen kann er in der Regel kostengünstiger verwirklichen. Im Einklang mit dem Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit entsteht daher in dem Moment der »Lieferung« die Belastung des Unternehmers mit dem Risiko von Stoffmängeln und der daraus resultierenden Gefahr nutzlosen Aufwandes.²⁸⁵

Vom Standpunkt des Beherrschbarkeitsprinzips – gegebenenfalls in Verbindung mit dem Veranlassungsprinzip²⁸⁶ – sind somit dem Besteller *zumindest* diejenigen Investitionen zuzurechnen, die *bis zu dem Zeitpunkt der Lieferung* gemacht worden sind und die sich später wegen des Mangels als nutzlos erweisen.

ee) Die Relevanz der Sachkunde des Unternehmers

Gegen die Zurechnung der *darüber hinausgehenden* Aufwendungen könnte man aus der Sicht der abstrakten Beherrschbarkeit *einwenden*, der Stoff gerate mit der Lieferung in den Einflußbereich des Unternehmers, der ihn nun eingehend zu überprüfen in der Lage sei. Berücksichtige man ferner, daß der Unternehmer in aller Regel als *Spezialist* die Qualität des Materials bedeutend besser als der Besteller beurteilen könne, so müsse man sogar einen Beherrschbarkeitsvorsprung des Unternehmers konstatieren. Der Unternehmer könne nämlich gegebenenfalls durch kompensierende Vorkehrungen dafür sorgen, daß das Werk trotz der Mangelhaftigkeit des Stoffes fehlerfrei hergestellt wird.

Zu einer Untersuchung des Stoffes ist nun der Unternehmer nach dem Wortlaut des § 645 I BGB ohnehin verpflichtet. Die Sachkunde des Unternehmers ist aber nicht so gewichtig, daß sie allein einen generell-typischen Vorsprung des Unternehmers im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit begründen könnte. § 645 I BGB ver-

²⁸⁵ Vgl. Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 42f.

²⁸⁶ Hierzu näher unten S. 194ff.

pflichtet daher den Unternehmer nur,²⁸⁷ den Stoff mit der verkehrserforderlichen,²⁸⁸ zumutbaren²⁸⁹ Sorgfalt²⁹⁰ zu untersuchen, wenn er seinen Vergütungsanspruch behalten will.²⁹¹

Die These, daß aus der Sachkunde des Unternehmers nicht notwendig ein Beherrschbarkeitsvorsprung abgeleitet werden darf, läßt sich an dem Fall beweisen, daß der Bauherr mangelhafte Bauteile liefert. Für das Urteil über die abstrakte Beherrschbarkeit eines Risikos, d.h. für das Urteil über die Frage, welche der Parteien nach generell-typischen Merkmalen am ehesten den optimalen Abwehraufwand ermitteln und gegebenenfalls potentielle Schäden mit den geringstmöglichen Investitionen verhindern könnte, sind vor allem *drei Faktoren* von Bedeutung:²⁹² Die *Wahrscheinlichkeit*, daß der Stoff mangelhaft ist, die *Höhe des* durch die Verarbeitung mangelhaften Materials verursachten *nutzlosen Aufwandes* sowie die *Kosten der Untersuchung*, die den Mangel zutage fördern würde.

Der Besteller wählt den Lieferanten der Bauteile aus. Er kann sich hierbei nach dessen Renommee erkundigen und daraus Rückschlüsse auf die Qualität der Bauteile ziehen. Durch Angabe des Verwendungszweckes vermag er zu verhindern, daß er einen Bauteil erwirbt, der für seine Zwecke untauglich ist, weil er beispielsweise nicht so hoch wie nötig belastet werden darf. Ferner kann er sich bei seinem Lieferanten eingehend nach Qualität sowie nach der Mängelquote, die bisher aufgetreten ist, erkundigen und vertragliche Zusicherungen²⁹³ verlangen. Die Art der Lagerung und des Transportes sind ihm bekannt. Die damit verbundenen Einflüsse sind für ihn deshalb leichter erkennbar.

Der Unternehmer kann allerdings durch Rückfragen den Lieferanten in Erfahrung bringen. Aus der Tatsache, daß er über besondere Fachkunde verfügt, folgt dann aber nicht ohne weiteres, daß er auch die Wahrscheinlichkeit, mit der der Stoff mangelhaft ist, besser abschätzen könnte. Bei Bauteilen wird man zwar vom Bauunternehmer häufig erwarten können, daß er die Qualität der von bestimmten Herstellern gelieferten Stoffe genauer zu beurteilen vermag. Er muß sich jedoch auf allgemeine Erfahrungen verlassen, während der Besteller durch eingehende Rückfragen

²⁸⁷ Kritisch zu dieser Form der Risikoverteilung *Ganten*, Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht, S. 193.

²⁸⁸ *Rümelin*, Dienstvertrag aaO, S. 139f.

²⁸⁹ Vgl. BGH, VersR 61, 405; 64, 268.

²⁹⁰ Ebenso im Ergebnis BGH, VersR 61, 405f; NJW 56, 787; OLG Celle, BB 64, 738.

²⁹¹ Vgl. auch BGH, WM 69, 1021f, wo es der BGH genügen läßt, daß dem Unternehmer Bodenproben zur Verfügung gestellt werden.

²⁹² Vgl. S. 58f, 81f, 84f.

²⁹³ Dieses Konkretisierungselement ist allerdings recht schwach, da das dispositive Kaufrecht dem Käufer grundsätzlich die Abwälzung von Folgeschäden verweigert. Ziel der Risikoverteilung kann es also nicht sein, daß das Risiko unter allen Umständen bei demjenigen angesiedelt wird, der den Mangel im Laufe des arbeitsteiligen Prozesses als Erster zu entdecken bzw. zu steuern imstande ist. Das ist aus der Sicht des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit auch durchaus sachgerecht, da die Rentabilität des Abwehraufwandes von der individuellen Verwendung und den dadurch bestimmten Ausmaßen des potentiellen Schadens abhängt.

neueste Daten über die Mängelquote einholen und darüber hinaus als Verhandlungspartner einen unmittelbaren Eindruck von der Zuverlässigkeit dieser Angaben gewinnen konnte. Gerade dieser persönliche Eindruck, der für die Risikobewertung besonders wichtig ist, fehlt dem Unternehmer. Daraus kann abgeleitet werden, daß der Besteller insoweit einen gewissen Vorsprung bei der Kalkulation des Risikos besitzt. Selbst wenn beide Parteien nur wissen, daß die Bauteile bei einem renommierten Hersteller erworben worden sind, bei dem es bislang noch keine Beanstandungen gegeben hat, so erwächst dem *Schuldner* daraus jedenfalls *kein Informationsvorsprung* kraft Sachkunde. Hat der Besteller beispielsweise Tonerdeschmelzement geliefert, dessen Unbrauchbarkeit erst nach längerer Zeit bekannt wird, so verhilft die arbeitsteilige Spezialisierung dem Unternehmer zu keinen signifikant besseren Erkenntnismöglichkeiten. Nach generell-typischen Kriterien, die mit dem Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit verbunden sind, kann man daher auch hier sagen, daß der Besteller im Einzelfall zumindest genauso gut, eher aber besser als der Unternehmer die Wahrscheinlichkeit zu beurteilen imstande ist, mit der der von ihm besorgte Stoff mangelhaft ist.

Die besondere Sachkunde des Unternehmers führt nun auch nicht ohne weiteres dazu, daß der Unternehmer die Bauteile *billiger untersuchen könnte*. Der Bauunternehmer wird sich vielfach einer selbständigen Prüfstelle bedienen müssen, die dem Besteller gleichermaßen offensteht. In manchen Fällen mag zwar der Unternehmer über die notwendigen Prüfvorrichtungen verfügen. Darauf allein kann jedoch der Beherrschbarkeitsvorsprung des Unternehmers nicht gestützt werden. Der Besteller kann nämlich – falls ihm das lohnend erscheint – jederzeit gegen entsprechende Vergütung eine Untersuchung des Stoffes durch den Unternehmer vereinbaren. Schließlich existiert auch kein Informationsvorsprung des Unternehmers in Hinblick auf den dritten Faktor, die Höhe des durch Unmöglichkeit der Leistung nutzlos werdenden Aufwandes, da dieser Faktor wertmäßig nach oben durch die vereinbarte Vergütung begrenzt wird.

Andererseits vermag aber der Besteller früher als der Unternehmer eine angesichts der Wahrscheinlichkeit des Mangels rentable Untersuchung in die Wege zu leiten. Er kann damit verhindern, daß der Unternehmer zur Vorbereitung des Leistungsver Versuches nutzlose Investitionen tätigt, etwa für die konkreten Bauteile ungeeignete Fundamente erstellt.

ff) Die Gefahr einer Externalisierung von Risiken

Das Urteil über die Beherrschungsmöglichkeiten und demnach auch über die ratio des auf „Sphärenzugehörigkeit“ abstellenden § 645 I BGB würde sich freilich verschieben, wenn man bei dem für den „Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit“ zentralen Merkmal der Wahrscheinlichkeit einer Störung auf eine *langfristige Durchschnittskalkulation* abheben würde. Von diesem Standpunkt aus könnte man behaupten, der Unternehmer wisse kraft Berufserfahrung, wie häufig ihm Stoffe mit atypischen Eigenschaften, die mit verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht entdeckt werden können, geliefert werden. Auf diese Grundlage könne er nicht nur seine

Preiskalkulation stützen, sondern auch auf dieser Basis entscheiden, inwieweit erhöhte Prüfungsanstrengungen lohnend erscheinen. Das Gesetz hat aber im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit zu Recht an der generell-typischen Fähigkeit zur individuellen Risikokalkulation festgehalten. Der Besteller, der für qualitativ hochwertiges Material sorgt, soll nicht andere Besteller über den Preis subventionieren müssen, die Stoffe liefern, bei denen die Gefahr von Mängeln bedeutend größer ist.²⁹⁴ Durch den Druck der Risikolast soll grundsätzlich jeder Besteller dazu angehalten werden, die *konkrete* Wahrscheinlichkeit eines Stoffmangels möglichst genau zu ermitteln. Dadurch soll ein Anreiz geschaffen werden, daß das Ausmaß der Untersuchungsaufwendungen individuell dosiert wird und die für die Gefahrenabwehr benötigten Güter möglichst²⁹⁵ effizient eingesetzt werden. Der Besteller ist hierzu kraft seiner Nähe zu den Lieferanten und zur Lagerung des Stoffes tendenziell besser, zumindest aber ebenso gut wie der Unternehmer in der Lage.

Das heißt natürlich nicht, daß nicht unter Umständen Materialprüfungen auf der Grundlage langfristiger Erfahrungssätze rentabler als individuell kalkulierte Untersuchungen ausfallen können, zumal dann, wenn dadurch die fixen Kosten teurer Apparaturen auf viele Besteller verteilt werden. Eine dispositive Norm wie der § 645 BGB kann jedoch solche Sonderfälle nicht berücksichtigen. Ihnen kann nur durch eine vertraglich vereinbarte atypische Risikoverteilung Rechnung getragen werden, in der der Unternehmer das Risiko des Stoffmangels auf sich nimmt und sich der Besteller, falls er das für lohnend hält, mit einer erhöhten Vergütung einverstanden erklärt. Es ist Aufgabe des Wettbewerbes, dafür zu sorgen, daß derartige Formen der Risikoverteilung überall dort eingeführt werden, wo der Besteller glaubt, daß die zusätzliche Vergütung geringer ist als das Risiko, das er selbst gemäß § 645 BGB laufen würde, bzw. die Kosten einer Untersuchung, die er selbständig in die Wege leiten müßte.

In dem „Bauteile“-Beispiel mag man ferner einwenden, es sei nicht recht einzusehen, warum die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten plötzlich zuungunsten des Bauunternehmers umschlagen, wenn das Material vom Bauunternehmer selbst beschafft werde. Dies sei besonders in den Fällen wenig einleuchtend, in denen der Unternehmer die Bauteile bei renommierten Herstellern beziehe. Dieser Einwand läßt sich mit zwei Argumenten entkräften. Zum einen vermag der Unternehmer, der als Käufer des Materials auftritt, selbständig in den Kaufverhandlungen die Wahrscheinlichkeit eines Mangels zu erforschen, gegebenenfalls auf vertraglichen Zusicherungen des Lieferanten zu bestehen und den weiteren Vorgang der Lagerung sowie des Transportes zu beobachten. Ferner ist er nicht gezwungen, einen bestimmten Stoff zu verwenden, sondern kann Material einsetzen, mit dem er bereits langfristig gute Erfahrungen gemacht hat. Will er noch weitgehend unerprobtes Material einsetzen, so ist es seine Sache, das erhöhte Risiko und den potentiellen

²⁹⁴ Zur Frage der Externalisierung von Risiken vgl. *Calabresi*, Costs aaO, S. 144 ff.

²⁹⁵ Die Betonung liegt auf „möglichst“ im Sinne eines Kompromisses, der angesichts der Transaktionskosten notwendig ist. Vgl. hierzu *Polinsky*, 87 Harvard Law Review 1673 f (1974).

Schaden gegen einen Verzicht auf dieses Material oder die Kosten einer eingehenden Untersuchung abzuwägen. Man kann also ohne weiteres sagen, daß der Unternehmer typischerweise in Hinblick auf Stoffe, die er eigenverantwortlich zur Erstellung des Werkes benutzt, über einen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung gegenüber dem Besteller verfügt, ja daß er vielfach das Risiko allein zu beherrschen vermag. Auch von daher muß die Regelung der §§ 644, 645 BGB, die dem Besteller *nur* die Gefahr eines Mangels des von ihm gelieferten Stoffes auferlegen, vom Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit her gedeutet werden.

gg) Die Bedeutung des Veranlassungsgedankens für die Risikoverteilung

Selbst wenn in einem Einzelfall die Sachkunde des Unternehmers die des Bestellers bei weitem übertreffen sollte, so wird man angesichts des Vorsprungs des *Bestellers* bei der *Risikobewertung* sagen können, daß die Beherrschungsmöglichkeiten von Besteller und Unternehmer in einem generell-typischen Sinne *gleichwertig* sind. Aus dieser Pattsituation führt dann das Veranlassungsprinzip²⁹⁶ heraus, das das Risiko dem Besteller zuweist, in dessen Interesse der Unternehmer tätig geworden ist. Die nach generell-typischen Kriterien ermittelten Beherrschungsmöglichkeiten der Parteien, die insbesondere für die Kalkulierbarkeit von Risiken eine maßgebliche Rolle spielen, rechtfertigen es somit – gegebenenfalls in Verbindung mit dem Veranlassungsgedanken – dem Besteller die Last aufzuerlegen, zu entscheiden, ob eine überdurchschnittlich intensive Untersuchung des Stoffes im Vergleich zu der Gefahr eines nutzlosen Einsatzes von Material und Arbeitskraft rentabel ist.

hh) Die Rolle des Beherrschbarkeitsgedankens bei fehlerhaften Anweisungen

Vom Beherrschbarkeitsgedanken her ist der § 645 I BGB auch insoweit zu verstehen, als er anordnet, daß der Besteller den schuldnerischen Aufwand zu vergüten habe, wenn die Leistung infolge seiner *Anweisung* unausführbar wird oder sich verschlechtert und dadurch der bisher getriebene Aufwand sinnlos wird. Üblicherweise wird der Besteller dem Unternehmer nur das Ziel des Leistungsprozesses angeben: das mangelfreie Werk. Er wird ihm also entweder die gewünschten Eigenschaften nennen oder sie ihm mittelbar durch einen Hinweis auf die Art der geplanten Bedürfnisbefriedigung offenbaren. Auf welche Weise der Unternehmer dieses Ziel zu erreichen sucht, ist seine Sache. An verkehrsübliche Verhaltensstandards ist er dabei nicht gebunden.²⁹⁷ Vielmehr soll und kann er selbständig über das optimale Verhältnis von Aufwand und dem aus ihm entspringenden Nutzen für die Risikosteuerung befinden und auf dieser Basis den Leistungsprozeß abwickeln. Die Situation ändert sich jedoch, falls sich der Schuldner nach den Anweisungen²⁹⁸ des

²⁹⁶ Hierzu siehe S. 95 ff.

²⁹⁷ In dem Sinne, daß er nicht höher qualifizierte Techniken anwenden darf.

²⁹⁸ Hier ist nur von Anweisungen die Rede, die *nach* Vertragsschluß gegeben werden. Hat der Besteller schon bei Vertragsschluß vorgeschrieben, auf welchem Weg das Werk erstellt werden soll, so liegt keine Anweisung im Sinne des § 645 I BGB, sondern eine Vertragsbedingung vor (vgl. *Oertmann*, BGB, § 645 Anm. 1 a; *Staudinger-Riedel*, BGB, § 645 Anm. 2 V, a. A. *Dochstuhl*, JherJb 48, 305). *Oertmann* weist hier darauf hin, daß „zu ihrem Zustande-

Bestellers richten soll. Er verliert das Recht, selbständig zu bestimmen, mit welchen Mitteln und Methoden er das Ziel verfolgen will, weil ihm der Besteller vorschreibt, wie er sich zu verhalten hat. Da die Intensität der Risiken je nach Anweisung wechselt, vermag er sie jedenfalls dann kaum zu kalkulieren, wenn die Anweisungen vereinbarungsgemäß erst nach Vertragsschluß erfolgen und demnach weitgehend von der unvorhersehbaren Willkür des Bestellers abhängen.²⁹⁹ Der Unternehmer wird daher seine Produktion im allgemeinen an verkehrüblichen Leistungsstandards ausrichten.³⁰⁰

Beim Schuldner, der sich unzulänglichen Weisungen unterworfen hat, fehlt mithin eine wesentliche Voraussetzung für die Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit: die Möglichkeit einer eigenverantwortlichen Planung und Steuerung der Leistungserbringung im Interesse eines optimalen Einsatzes der wirtschaftlichen Ressourcen.³⁰¹

ii) Ergebnis

Der § 645 I BGB rechnet mithin dem Besteller das Risiko unter anderem deshalb zu, weil der Unternehmer die Gefahr, daß der von ihm getriebene Aufwand nutzlos bleibt, im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit nicht ausreichend, jedenfalls aber nicht besser als der Besteller in den Griff bekommen kann. Dort, wo weder der Besteller noch der Unternehmer über einen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung verfügen, greift – wie noch zu zeigen sein wird – ergänzend das Veranlassungsprinzip ein. In diesen Fällen trägt demnach § 645 I BGB dem Beherrschbarkeitsprinzip in *einem negativen* Sinne Rechnung; d. h. dem Unternehmer soll das Aufwandsrisiko grundsätzlich nur dann zugerechnet werden, wenn er besser als der Besteller dafür sorgen kann, daß die Leistung möglichst effizient erbracht und die hierfür getätigten Investitionen an Material und Arbeitskraft nicht nutzlos vergeudet werden.

kommen beide Teile gleichmäßig mitgewirkt haben“; sie könne „daher nicht zur einseitigen Begünstigung des einen verwendet werden“. In der Tat hätte der Unternehmer, der bei Vertragsschluß die „Anweisung“ kannte, den Vertrag nicht eingehen müssen. Entscheidend ist aber, daß der Unternehmer in dem hier behandelten Fall typischerweise einen Beherrschbarkeitsvorsprung besitzt. Kann das Werk auf dem vom Besteller geforderten Weg überhaupt nicht hergestellt werden, so liegt ein Fall des § 306 BGB vor; denn es ist nicht einzusehen, warum die Regelung der Anweisungs-Konstellationen von den Fällen abweichen soll, in denen der Nachfrager ein Werk mit außergewöhnlichen Eigenschaften bestellt. Kann es zwar hergestellt werden, muß der Besteller aber zur Kontrolle der Anweisung mehr als die verkehrübliche Sorgfalt aufwenden, so vermag der Unternehmer die aus der Anweisung resultierende Gefahrenerhöhung von vornherein zutreffend einzukalkulieren und die zu ihrer Kompensierung notwendigen Maßnahmen eigenverantwortlich einzuplanen. Im Rahmen der Auslegung der Verträge kann man freilich im Einzelfall zu abweichenden Ergebnissen kommen. Vgl. *Nicklisch*, Festschrift Bosch, S. 740ff. Voraussetzung ist, daß die hier erarbeiteten Wertungen durch die Verkehrssitte überspielt werden.

²⁹⁹ Unzutreffend daher *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 645 Anm. 3; *Dochstuhl*, JherJb 48, 306.

³⁰⁰ Dies ist der Mindeststandard, von dem der Unternehmer auch durch unzulängliche Weisungen nicht frei wird. Unklar insoweit OLG Bremen, NJW 63, 495.

³⁰¹ Das klingt auch bei *Crome*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, S. 324 f an.

f) §§ 618, 667 HGB, 65 BSchG

Die gleiche Funktion wie der § 645 I BGB erfüllen im See- und Binnenschiffahrtsrecht die §§ 618, 667 HGB, 65 BSchG. Entgegen dem formal verstandenen Grundsatz des „do ut des“, der sich noch bei der Abfassung des § 628 I 2 HGB durchgesetzt hatte und der auch § 617 HGB³⁰² zugrunde liegt,³⁰³ wurde der Nachfrager durch die §§ 618, 667 HGB, 65 BSchG verpflichtet, die Vergütung ganz oder teilweise zu erbringen, wenn die Leistung unmöglich geworden ist, weil auf der Reise die zu befördernden Tiere sterben oder Güter infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit, insbesondere durch „inneren Verderb“, verloren gehen. Gleiches gilt, falls der Passagier stirbt, die Reise wegen Krankheit oder eines anderen in seiner Person liegenden Grundes nicht antreten oder vollenden kann. Auch hier wird also der Schuldner von der Gefahr des sinnlos gewordenen Aufwandes entlastet, da er das Risiko einer Primärzweckstörung nicht oder zumindest nicht besser als der Nachfrager zu beherrschen vermag.

Dem historischen Gesetzgeber war freilich auch im Rahmen der §§ 618, 667 HGB, 65 BSchG die Bedeutung des Zusammenspiels von Veranlassungs- und Beherrschbarkeitsprinzip noch nicht voll bewußt geworden. Zur Begründung des § 618 HGB wurde lediglich vorgebracht, der Verlust beruhe auf der besonderen Natur³⁰⁴ der Güter, so daß es gerechtfertigt sei, den Befrachter mit der Gefahr zu belasten. Gewisse Anklänge an den Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit finden sich indessen in den Materialien zu § 667 HGB. Dort wurde darauf abgehoben, daß die in der Person des Reisenden liegenden Gründe, aufgrund derer es ihm unmöglich werden könne, die Fahrt mitzumachen, sehr zahlreich seien. Wollte man den Vertrag im Falle einer Unmöglichkeit des Transportes ohne Entschädigung auflösen, so würde der Verfrachter einen unbilligen Nachteil erleiden, da er alle potentiellen „Hinderungsgründe nicht mit einiger Sicherheit vorherzusehen und beim Vertragsabschluß zu beachten“³⁰⁵ in der Lage sei. Die entschädigungslose Auflösung des Vertrages dürfte man daher nur im Falle des Todes des Passagieres in Betracht ziehen. Andere Mitglieder der Gesetzgebungskommissionen brachten dagegen vor, auch im Falle des Todes habe der Verfrachter in der Regel Auslagen für den Reisen-

³⁰² Der dem § 617 HGB entsprechende § 64 BSchG sieht allerdings bei Verlust der Güter und daraus resultierendem Unmöglichwerden des Transportes einen Anspruch auf Distanzfracht vor. Dieser Anspruch auf Distanzfracht, der dem Verfrachter auch in Fällen gegeben wird, in denen er die Gefahr zu beherrschen vermag, beruht auf sozialpolitischen Gründen. Man hielt den Binnenschiffer für besonders schutzwürdig, da er seine Fracht nicht zu versichern pflege und häufig a conto Schlepplöhne zahle (Bericht der Reichstagskommission, Drucksache des Reichstages 1894/95 Nr. 253, S. 15); mit anderen Worten, weil der Schiffer zu hohen Aufwendungen veranlaßt worden war und die Risiken mangels ausreichenden Kapitals nicht abstrakt beherrschen und streuen könne. (Vgl. hierzu auch 5. Kap. S. 403ff).

³⁰³ Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2333.

³⁰⁴ Vgl. auch Begründung zum BSchG, Reichstags-Drucksache 1894/95, Nr. 253, S. 89; ferner *Schaps-Abraham*, HGB, § 618 Anm. 1; *Schlegelberger-Liesecke*, Seehandelsrecht, § 618 HGB Anm. 2.

³⁰⁵ Vgl. *Prüßmann*, Seehandelsrecht, § 618 Anm. B 2, § 608 Anm. 7c.

den, etwa in der Form eines Ankaufs von Proviant gemacht und es stehe noch ganz dahin, ob er den Platz des Verstorbenen wieder besetzen könne.³⁰⁶

Da man das schwierige Beweisproblem umgehen wollte, ob dem Passagier die Reise wirklich unmöglich geworden ist oder ob er nur seinen Entschluß geändert hatte, gestattete man dem Passagier den Rücktritt vom Vertrag gegen Zahlung der halben Vergütung, unabhängig von den Gründen, die ihn zu diesem Schritt bewogen haben. Diese Pauschalierung des vom Reisenden zu ersetzenden nutzlosen Aufwandes wurde darauf gestützt, daß der Verfrachter in den meisten Fällen den Platz anderweit vergeben und die für den Reisenden beschafften Lebensmittel einsparen könne.³⁰⁷ Mit den im wesentlichen gleichen Argumenten wurde der Anspruch des Verfrachters auf das volle Entgelt begründet, falls der Transport nach Antritt der Reise aus einem in der Person des Passagiers liegenden Grund unmöglich werde.³⁰⁸

Im System der Risikoverteilung gewinnen die §§ 618, 667 HGB, 65 BSchG ihre innere Rechtfertigung – abgesehen von der Veranlassung des Risikos durch den Gläubiger und der Heterogenität der Gefahr³⁰⁹ – gerade durch das Fehlen eines Beherrschbarkeitsvorsprunges des Schuldners. Das ist in den von § 667 HGB geregelten Fällen evident, in denen der Passagier stirbt, aus gesundheitlichen Rücksichten auf die Reise ganz verzichten muß oder sie nicht vollenden kann. Das Aufwandsrisiko ist für den Schuldner offensichtlich auch dort unbeherrschbar, wo sonstige persönliche Verhältnisse eine Rolle spielen, wie etwa in den Beispielen, daß der Passagier zurückbleiben muß, weil sein Kind erkrankt oder weil er wegen Kriegsausbruches interniert wird. Der Verfrachter befindet sich insoweit in der gleichen Situation wie der Vermieter, den § 552 BGB ebenfalls von der Gefahr nutzloser Aufwendungen befreit hat.

In den von den §§ 618 HGB, 65 BSchG erfaßten Fällen hat zwar der Schuldner vielfach ausreichende Gelegenheit, die Gefahren, die der Ladung wegen der ihr eigentümlichen Beschaffenheit drohen, hintanzuhalten. Man denke nur an das Beispiel eines Transportes von Früchten, die wärmeempfindlich sind und durch eine Beförderung in einem Kühlraum ohne Schwierigkeiten vor „innerem Verderb“ geschützt werden können.³¹⁰ Die hier angesprochene Problematik ist schon im Rahmen der verschuldensunabhängigen Haftung für Beschädigung der dem Schuldner übergebenen Güter gemäß den §§ 82 I, 83 I lit. b, f EVO, 34 lit. g–n KVO bei der Frage aufgetaucht, warum der Schuldner für diese besonderen Risiken nicht einzustehen habe. Es hat sich auch dort gezeigt, daß dem Gläubiger diese Gefahren aufgebürdet werden, weil er sie kraft besserer Kenntnis dieser Eigenschaften besser

³⁰⁶ Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2514.

³⁰⁷ Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2515.

³⁰⁸ Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2522. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, der Anspruch auf das volle Entgelt sei auch zum Ausgleich des Nachteils geboten, der dem Schuldner aus einem unbeschränkten Rücktrittsrecht des Gläubigers erwachsen könne.

³⁰⁹ Zur Frage der Heterogenität von Risiken vgl. auch unten 4. Kap. S. 289 ff.

³¹⁰ *Prüßmann*, Seehandelsrecht, § 618 HGB Anm. B 2; § 608 Anm. 7c.

kalkulieren und ebenso gut wie der Schuldner³¹¹ zu beherrschen vermag. Derselbe Gesichtspunkt trägt auch die Regelung der §§ 618 HGB, 65 BSchG. Bei der Erkrankung der zu befördernden Tiere mag es zwar heute vielfach zweifelhaft sein, ob nicht der Schuldner besser für eine Bekämpfung der Krankheit sorgen könnte. Beim Inkrafttreten des § 618 HGB durfte der Gesetzgeber aber davon ausgehen, daß die Schiffsbesatzung auf hoher See etwaigen Krankheiten der Tiere offensichtlich machtlos gegenübersteht. Im übrigen ist auch heute noch zu berücksichtigen, daß der Gläubiger den Gesundheitszustand der Tiere besser zu beurteilen vermag und anhand dieser Informationen sicherer zu entscheiden vermag, ob es rentabel ist, den Tiertransport durch einen Tierarzt begleiten zu lassen. Der Schuldner wird mithin in diesen Fällen, in denen er im Rahmen der geplanten Vertragsabwicklung keinen Beherrschbarkeitsvorsprung besitzt, durch den Fortbestand seines Anspruchs auf Vergütung nicht nur von der Gefahr planungswidrigen Aufwandes in Form von Schadensersatz, sondern auch von dem Risiko entlastet, seine Leistungskapazität nutzlos ohne Entgelt bereitgestellt zu haben.

g) Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen

Der Einfluß des Beherrschbarkeitsgedankens findet sich ferner bei der Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen wieder. Sie entscheidet mittelbar darüber, ob der Gläubiger das Entgelt zu entrichten hat, obwohl für ihn der vom Schuldner getriebene Aufwand nutzlos bleibt, weil der angestrebte „Leistungserfolg“ nicht eintritt (Primärzweckstörung). Der Werkvertrag ist vom Gesetzgeber als Vertragstypus erfolgsabhängig ausgestaltet worden, so daß der Schuldner normalerweise die Gefahr sinnlosen Aufwandes auf sich zu nehmen hat, wenn das versprochene Werk nicht geliefert werden kann (§ 323 BGB). Der Dienstvertrag ist hingegen erfolgsunabhängig. Hier hat der Gläubiger die Gefahr eines nutzlosen Einsatzes von Arbeitskraft zu tragen, falls dem Schuldner kein Schuldvorwurf zu machen ist. Die Zuordnung eines konkreten Vertrages zu einem bestimmten Vertragstypus entscheidet mithin über die Verteilung der Gefahr sinnlosen Aufwandes.

Das BGB hat die Trennungslinie zwischen Dienst- und Werkverträgen nach dem Inhalt des Versprechens – Werk oder Dienste – gezogen. Die Parteien werden jedoch in der Regel die Art der geschuldeten Leistung nicht ausdrücklich bestimmen, sondern den Inhalt der Leistung nur anhand des vom Gläubiger verfolgten Zweckes umreißen.³¹² Da sowohl der Dienst- als auch der Werkvertrag zu den entgeltlichen Tätigkeitsverträgen gehören,³¹³ ist eine Einordnung der konkreten Vereinbarung häufig nur auf Grund zusätzlicher materieller Elemente³¹⁴ möglich.

³¹¹ Vgl. oben S. 130f.

³¹² Vgl. BGH, LM Nr. 21 zu § 611 BGB.

³¹³ Esser, SchR II, S. 143; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, vor § 631 Anm. 4.

³¹⁴ Vgl. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 148ff, der zu Recht darauf hinweist, daß diese Kriterien typologisch gewonnen werden und daß dabei die Angemessenheit der Rechtsfolge eine wesentliche Rolle spielt.

Es kann hier dahingestellt bleiben, welche Kriterien im einzelnen³¹⁵ maßgeblich sind.

Einigkeit besteht jedenfalls zunächst einmal darüber, daß ein Dienstvertrag vorliegt, wenn der angestrebte Erfolg außerhalb des Machtbereiches³¹⁶ des Schuldners liegt. Als Beispiele werden in diesem Zusammenhang die Tätigkeit des Lehrers, die Prozeßführung eines Anwalts, die ärztliche Heilbehandlung genannt. Ihnen ist gemeinsam, daß der Schuldner den gewünschten Erfolg offensichtlich auch dann nicht immer zu realisieren vermag, wenn er alle nur denkbaren Mittel einsetzen würde. Der Anwalt hat keinen entscheidenden Einfluß auf die Entscheidung des Gerichtes;³¹⁷ ebensowenig vermag der Lehrer oder Arzt einen Erfolg zu gewährleisten, der wesentlich vom Lernwillen, von der Auffassungsgabe des Schülers bzw. von der Art der Krankheit abhängt, die eben häufig unheilbar ist.³¹⁸

Im Einklang mit dem Beherrschbarkeitsprinzip werden auch Verträge, in denen sich der Schuldner zu einer Tätigkeit verpflichtet, bei der er laufend *Weisungen* zu befolgen hat und ständig unter der Überwachung des Gläubigers steht, als Dienstverträge klassifiziert;³¹⁹ denn, wer den Erfolg einer Leistung schulde, müsse die Art und Weise, wie dieser Erfolg zustandekommt, selbst bestimmen.³²⁰ Der Schuldner, der fremdbestimmte Arbeit leistet, der mit den vom Gläubiger bereitgestellten Maschinen, nach den vom Gläubiger verlangten Methoden und in der ihm vorgeschriebenen Zeit das Werk zu erstellen hat, kann den Leistungsprozeß nicht so gut beherrschen, als daß ihm die Gewährleistung für den Leistungserfolg und den sinnvollen Einsatz von Arbeitskraft auferlegt werden könnte.³²¹ Ist der Schuldner streng weisungsgebunden, so wird sich typischerweise – im Unterschied zum Werkvertrag, wo nur mit einzelnen Anweisungen zu rechnen sein wird (§ 645 BGB) – die Unfähigkeit, im Rahmen der durch das vorgegebene Ziel und die Umweltfaktoren gezo-

³¹⁵ Vgl. hierzu *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 602; *Staudinger-Mohnen/Neumann* BGB vor § 611 Anm. 141 ff.; *Soergel-Wlotzke/Volze*, BGB, vor § 611 Anm. 47 ff.

³¹⁶ BGH, NJW 75, 306; *Staudinger-Mohnen/Neumann* BGB, vor § 611 Anm. 145; *Soergel-Wlotzke/Volze*, BGB, vor § 611 Anm. 51; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, vor § 631 Anm. 5; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 604; *Larenz*, SchR II, S. 198 f.

³¹⁷ *Palandt-Putzo*, BGB, vor § 611 Anm. 2a ee.

³¹⁸ Das gilt nicht für die Operation, so daß man sie mit guten Gründen zum Typus „Werkvertrag“ rechnen kann. (*Palandt-Putzo*, BGB, vor § 611 Anm. 2a bb.; *Staudinger-Mohnen/Neumann*, BGB, vor § 611 Anm. 146; *Jakobs*, NJW 75, 1438; ablehnend *Esser*, SchR II, S. 145). Deshalb wird man auch einen Vertrag über die Anfertigung einer Prothese als Werkvertrag anzusehen haben (so zutr. OLG Karlsruhe, NJW 67, 1512 f.; LG Hannover, NJW 56, 1640). Sollte die Prothese ausnahmsweise aufgrund ganz außergewöhnlicher körperlicher Konstitution für den Patienten nicht verträglich sein, so liegt dies außerhalb der Beherrschungsmöglichkeiten des Zahnarztes (Vgl. *Döring*, NJW 56, 1640, enger BGH, NJW 75, 306).

³¹⁹ *Staudinger-Mohnen/Neumann*, BGB, vor § 611 Anm. 144, 147; *Soergel-Wlotzke/Volze*, BGB, vor § 611 Anm. 49; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 604; *Larenz*, SchR II, S. 199; *Esser*, SchR II, S. 145; *Rümelin*, Dienstvertrag aaO, S. 43; *Bruns*, AcP 178, 40.

³²⁰ RAG, ARS 13, 480; *Nikisch*, ArbR I, § 19 I.

³²¹ Vgl. auch *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages, S. 189.

genen Grenzen autonom zu planen und zu steuern, im gesamten Leistungserbringungsprozeß bemerkbar machen. Zu Recht wird daher bei Dienstverträgen nicht untersucht, inwieweit die konkrete Anweisung dazu beigetragen hat, daß der vom Nachfrager angestrebte Zweck nicht erreicht wird, sofern das Verhalten des Schuldners mit den verkehrserforderlichen Standards übereingestimmt hat.

Die Entlastung des umfassend weisungsgebundenen Schuldners vom Risiko des nutzlos gewordenen Aufwandes wird nun bezeichnenderweise häufig dort einzelvertraglich rückgängig gemacht, wo man entgegen der Typisierung der §§ 611 ff BGB am ehesten noch die abstrakte Beherrschbarkeit des Risikos bejahen kann. Gedacht ist hier vor allem an die Vereinbarung von Akkordlöhnen. Das Akkordlohnsystem wird nämlich immer dort praktiziert, wo sich aus dem Leistungsprozeß ein bestimmter Teilbereich ausgrenzen läßt, den der Schuldner im wesentlichen beherrscht, weil der mit der Vergütung verknüpfte Erfolg vornehmlich von seinem persönlichen Einsatz und seiner Geschicklichkeit abhängt.³²²

h) Die Haftung für die Bonität beim Verkauf von Forderungen

Ein weiteres Indiz für den Einfluß des Gedankens der abstrakten Beherrschbarkeit liefert die Risikoordnung in den Fällen, in denen eine Forderung gegen einen Drittschuldner veräußert wird, dessen Zahlungsfähigkeit schon bei Abschluß des Kaufvertrages dubios geworden ist. Ein Umkehrschluß aus § 438 BGB sagt klar, daß der Schuldner normalerweise nicht für die Zahlungsfähigkeit des Drittschuldners, also nicht für die Bonität der Forderung eintreten muß.³²³ Diese Regelung der Gefahrtragung kann man nicht einfach damit erklären, daß der Verkäufer nicht haften könne, wenn der für die Forderung vereinbarte Preis von ihrem wahren Wert abweiche, da sich der Wert erst in den Vertragsverhandlungen herauskristallisieren müsse. Der Käufer, der die Zahlungsunfähigkeit des Drittschuldners moniert, beruft sich nämlich in erster Linie gar nicht pauschal auf die Diskrepanz zwischen Entgelt und Wert, sondern auf die Fehleinschätzung eines der wertbildenden Faktoren,³²⁴ in concreto der Liquidität des Drittschuldners.

Entscheidend für die Zurechnung des Bonitätsrisikos an den Erwerber ist vielmehr unter anderem, daß weder der Verkäufer noch der Käufer in der Lage ist, das Bonitätsrisiko im Zeitpunkt des Vertragsschlusses im „abstrakten“ Sinne zu beherrschen. Von der Beherrschbarkeit des Risikos darf nämlich nur gesprochen werden, wenn die Parteien – wie beim Verkauf von Sachen die für das Urteil über die Qualität bedeutsamen Eigenschaften – alle für die Bewertung der Bonität wesentlichen Faktoren eruieren können, sofern sie hierzu die größtmöglichen Anstrengun-

³²² Da der Großteil der Risiken wie die mit dem Material und den Arbeitsvorrichtungen verbundenen Gefahren vom Schuldner nicht „besser“ beherrscht werden können, ändert das Akkordlohnsystem nichts daran, daß das gesamte Austauschverhältnis als Dienstvertrag zu qualifizieren ist. Vgl. auch *Bruns*, AcP 178, 42 f.

³²³ Vgl. *Larenz*, SchR II, S. 116; *Fikentscher*, SchR, S. 371; *Wiedemann*, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 825.

³²⁴ Vgl. *Wiedemann*, Festschrift Nipperdey (1965) Bd. I, S. 824 f.; *Herzog*, ZGR 94, 334.

gen unternehmen. Im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit ist der Umstand allein unerheblich, ob dieser Aufwand angesichts der Wahrscheinlichkeit und der Höhe eines potentiellen Forderungsausfalles rentabel ist. Können alle nur denkbaren Bemühungen keine zuverlässige Verifizierung der Planungsdaten gewährleisten, so muß von einer evidenten Unbeherrschbarkeit ausgegangen werden. Von diesem Standpunkt aus muß man beim Verkauf von Forderungen dazu kommen, daß das Bonitätsrisiko von beiden Parteien nicht ausreichend gesteuert werden kann. Zwar sind sie imstande, die Höhe der positiven Vermögenswerte zu ermitteln. Sie besitzen jedoch keinen Einblick in die Interna des Drittschuldners, der nötig wäre, um ein zuverlässiges Urteil über das Ausmaß der *Passiva* zu fällen, anhand dessen sich sagen ließe, ob der Drittschuldner überschuldet und mit seinem baldigen Konkurs zu rechnen ist.

Aus der Sicht des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit spricht somit nichts für eine Risikobelastung des Verkäufers. Da – wie noch zu zeigen sein wird³²⁵ – auch ein Absorptionsvorsprung des Veräußerers nicht bejaht werden kann, gibt im Einklang mit der gesetzlichen Risikoverteilung das Veranlassungsprinzip als Zünglein an der Waage den Ausschlag für eine Zurechnung des Risikos an den Erwerber.

i) § 447 BGB

Der Gedanke, daß dem *Schuldner* grundsätzlich *nur* solche vom Gläubiger veranlaßte³²⁶ Aufwandsrisiken zugerechnet werden sollen, die er *besser* als sein *Vertragspartner zu steuern* versteht, macht sich schließlich, wenn auch recht undeutlich, im Rahmen des § 447 BGB bemerkbar.

In Literatur und Rechtsprechung sieht man den § 447 I BGB hingegen eher als Widerspruch zum Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit, denn als dessen Konkretisierung. Das ist auch nicht weiter verwunderlich, da ja normalerweise der Verkäufer den Transport organisiert, ohne mit dem Käufer Rücksprache zu nehmen. Die Belastung des Käufers mit der Transportgefahr wird daher damit erklärt, der Verkäufer werde eigentlich nur aus Gefälligkeit³²⁷ tätig. Er erfülle im Grunde keine Kaufvertragsverpflichtung,³²⁸ sondern einen Auftrag,³²⁹ da er lediglich im Interesse des Käufers die Versendung durchführe.³³⁰

Es ist sicher richtig, daß der Verkäufer die Versendung im Interesse des Käufers organisiert. Zum Interesse des Käufers gehört es aber auch, daß der Verkäufer ihm die Kaufsache überläßt, ohne daß daraus der Schluß gezogen wird, jener habe die

³²⁵ Vgl. unten S. 184 f.

³²⁶ Zum Veranlassungsprinzip s. S. 95 ff.

³²⁷ *Rabel*, Warenkauf II, S. 301; *Kuchinke*, Festschrift H. Lange, S. 271.

³²⁸ Prot. I, S. 288; RGZ 111, 25; BGHZ 12, 267; BGH, BB 60, 881; *Fikentscher*, SchR, S. 364; *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 82; *Palandt-Putzo*, BGB, § 447 Anm. 3; RGR Komm. z. HGB – *Würdinger/Röhricht*, vor § 373 Anm. 155.

³²⁹ *Heck*, SchR, S. 260.

³³⁰ RGZ 88, 38; 96, 259; *Staudinger-Ostler*, BGB, § 447 Anm. 4, 13; RGR Komm. z. HGB – *Würdinger/Röhricht*, vor § 373 Anm. 155; *Palandt-Putzo*, BGB, § 447 Anm. 3.

Preisgefahr schon ab Vertragsschluß auf sich zu nehmen. Umgekehrt widerspricht die Versendung keineswegs dem Interesse des Verkäufers, der durch sie in die Lage versetzt wird, seinen Markt auszudehnen und auch mit weit entfernten Kunden ins Geschäft zu kommen. Die Zeiten, in denen die Transportverhältnisse wenig entwickelt waren und Verkäufe grundsätzlich als Platzgeschäfte abgewickelt wurden, sind vorbei. Es kann daher auch nicht mehr ohne weiteres von einer Gefälligkeit des Verkäufers, die es dem Käufer oder seinem Beauftragten erspart, zum Verkäufer zu reisen und die Ware dort in Empfang zu nehmen, die Rede sein. Auch die Behauptung, die Versendung sei keine Kaufvertragsverpflichtung, führt letztlich nicht weiter. Aus der Tatsache, daß der Verkäufer nur verpflichtet ist, den Transport sachgerecht einzuleiten³³¹ und im Falle etwaiger Störungen die nötigen Anweisungen zu geben, folgt ja nicht ohne weiteres, daß die Abwicklung des Transportes außerhalb seines Risikobereiches läge. Jeder der Vertragsparteien kann ein Risiko auch dann zugerechnet werden, wenn sie nicht zu einem Verhalten verpflichtet ist, das die Störung verhindert hätte.

Maßgeblich sind vielmehr vor allem *zwei* Faktoren: Die *Kalkulierbarkeit* des Transportrisikos und *seine Deckung*.³³² Beide Faktoren spielen im Rahmen des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit, das als selbststeuerndes System ausgeformt ist, eine wesentliche Rolle. Dem Risikoträger, von dem nach generell-typischen Merkmalen erwartet werden kann, daß er eine bestimmte Risikoart besser zu steuern vermag, werden – wie schon mehrfach dargelegt wurde³³³ – sämtliche Risiken zugerechnet, ohne daß es darauf ankommt, ob Schutzvorkehrungen, die die Gefahr gebannt hätten, im Einzelfall als angemessen erscheinen oder nicht. Es ist Sache des Risikoträgers zu entscheiden, ob bestimmte Vorkehrungen zur Schadensabwehr, die über das verkehrserforderliche Maß hinausgehen, billiger sind als der potentielle Schaden in seiner Abhängigkeit von der Wahrscheinlichkeit eines schadenstiftenden Ereignisses. Sinn des Gedankens der abstrakten Beherrschbarkeit ist es also, den Risikoträger dazu anzuhalten, den Schaden überall dort durch Anstrengungen, die das verkehrserforderliche Sorgfaltsniveau übersteigen, zu vermeiden, wo dies rentabel ist. Dafür bedarf der Risikoträger natürlich der *Deckung durch entsprechende Vergütung*, will er nicht langfristig Verluste erleiden. Das gilt einmal für die Deckung der Kosten überdurchschnittlicher Schutzmaßnahmen und zum anderen für die Deckung der Schäden in den Fällen, in denen nach Ansicht des Risikoträgers Sicherungsvorkehrungen unwirtschaftlich sind. Eine Zurechnung nach den Grundsätzen der abstrakten Beherrschbarkeit ist somit nur dort möglich, wo der Risikoträger entweder den erhöhten Abwehraufwand oder den Schaden selbst decken kann. Das heißt natürlich nicht, daß er auf dem Markt immer eine hierfür ausreichende Vergütung zu erzielen imstande sein muß. Marktwirtschaft

³³¹ BGH, NJW 68, 1570; Larenz, SchR II, S. 80; Soergel-Ballerstedt, BGB, § 447 Anm. 10; Staudinger-Ostler, BGB, § 447 Anm. 11 a.

³³² Vgl. S. 78 ff.

³³³ Vgl. S. 80, 114, 117, 125 ff.

bedeutet, daß gegebenenfalls auch Verluste hingenommen werden müssen. Die „Deckung“ muß aber unter der Voraussetzung möglich sein, daß die Angebots- und Nachfrageverhältnisse einer Vergütung der Kosten nicht im Wege stehen.

Nach den generell-typischen Merkmalen, die sich als für die Konkretisierung der abstrakten Beherrschbarkeit relevant herausgeschält haben, ist das Transportrisiko auf den ersten Blick dem Verkäufer zuzurechnen, der den Transport organisiert. Dabei würde man jedoch übersehen, daß der Verkäufer vielfach keine oder nur unzureichende Risikodeckung erhält.

Dies gilt einmal in den Fällen, in denen der Verkäufer das Gut versendet und *nur die unmittelbaren Transportkosten* in Rechnung stellt. Hier erhält der Verkäufer keinerlei Deckung für die *Transportrisiken*. Er befindet sich damit in einer ähnlichen Lage wie ein Auftragnehmer, – was in der von der II. Kommission³³⁴ und in der Literatur³³⁵ vorgetragenen Begründung, der Schuldner werde „aus Gefälligkeit tätig“, anklingt. Das Gesetz rechnet auch dem Auftragnehmer die mit seiner Tätigkeit verbundenen Risiken, die er an sich nach generell-typischen Kriterien besser steuern könnte, nicht nach den Regeln der abstrakten Beherrschbarkeit zu. Die Rechtsentwicklung ist sogar einen Schritt weitergegangen. Sie entlastet den Auftragnehmer von Schäden, die er bei Ausführung des Auftrages erleidet.^{335a} Beide Male ist der Grund derselbe: Mangelnde Deckung des Risikos bzw. der Kosten, die bei einer erhöhten Schadensabwehr anfallen würden, durch entsprechende Vergütung. Der Schuldner, der zu den Preisen Verträge schließt, die er üblicherweise fordert, wenn er die Ware in seiner Niederlassung übergibt, und für den Käufer erkennbar nur die unmittelbaren Beförderungskosten abwälzt, würde Verlust erleiden, falls man ihm das Transportrisiko verschuldensunabhängig zurechnen würde; denn es fehlt ihm, gleichgültig, ob er sich für erhöhte Prävention der Gefahren oder, weil dies unrentabel ist, für die Hinnahme etwaiger Schäden entscheiden würde, die Deckung der hierdurch entstehenden Aufwendungen. Diese Kosten zu tragen ist aber – im Rahmen des marktwirtschaftlichen Prozesses – Aufgabe des Gläubigers, in „dessen Interesse“ der Schuldner tätig wird, – womit das zweite in der Literatur angeführte Argument³³⁶ durch seinen Bezug zum Veranlassungsprinzip³³⁷ einen tieferen Sinn erhält.

Schwieriger läßt sich vom Standpunkt des Prinzips der abstrakten Beherrschbarkeit die in § 447 BGB getroffene Risikoverteilung in den Fällen verstehen, in denen der Schuldner *zu Frankopreisen liefert*.³³⁸ Hier kann er nämlich in seine Kalkulation neben den Transportkosten auch Rücklagen für die Deckung des Transportrisikos einsetzen und dies bei der Preisgestaltung berücksichtigen. Für den Käufer ist auch nicht erkennbar, ob sich der Verkäufer ausreichende Risikodeckung verschafft hat.

³³⁴ Prot. I, S. 288.

³³⁵ Siehe Fn. 327.

^{335a} Vgl. *Erman-Heuß*, BGB, § 670 Anm. 7 mit weit. Nachw.

³³⁶ Siehe Fn. 330.

³³⁷ Zum Veranlassungsgedanken s. S. 95ff.

³³⁸ Der Verkäufer bietet „frei“ Hafen, Niederlassung oder Eisenbahnstation des Käufers an.

Allerdings sind die Transportrisiken nur schwer kalkulierbar; denn die Wahrscheinlichkeit eines Schadens hängt maßgeblich von Art und Zeitpunkt des Transportes, der Entfernung sowie von dem Gebiet ab, in das das Gut befördert werden muß. Das Risiko, das mit einem Transport über geringe Entfernung verbunden ist, ist beispielsweise offensichtlich niedriger als der Transport nach Übersee. Das Risiko ist also sehr heterogen strukturiert, da seine Intensität weitgehend vom Standort des Käufers abhängt. Dort, wo der Verkäufer regelmäßig Kunden beliefert, werden sich Erfahrungssätze über die Höhe des Risikos herauskristallisieren. § 447 BGB stellt aber als generelle Regel auf alle Versendungskäufe ab. Er erfaßt also auch die Fälle, in denen sich derartige Erfahrungssätze nicht herausbilden konnten, sei es, weil der Verkäufer üblicherweise keine Versendungskäufe tätigt oder nur sporadisch bestimmte Gebiete beliefert. Hinzu kommt, daß der Verkäufer sich regelmäßig – wie es § 447 BGB vorsieht – selbständiger Transportunternehmen bedienen muß, in deren Organisation er nur recht begrenzten Einblick besitzt und daher das daraus resultierende Ausmaß der Gefährdung nur schlecht überschauen kann. Ferner hat man zu berücksichtigen, daß das Transportrisiko in einer Endphase des Austauschprozesses in Erscheinung tritt, in der die wesentlichen Aufwendungen für die Leistung bereits getätigt worden sind. Bei einer Fehleinschätzung der Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung der Kaufsache während des Transportes ist der Verlust mithin besonders hoch.

Alle diese Umstände legen den Schluß nahe, daß der Verkäufer, der auf Verlangen des Käufers das Gut an einen anderen Ort versendet, durch § 447 BGB vom Transportrisiko entlastet wird, weil es außerordentlich hoch ist und vielfach nur schwer kalkuliert werden kann. Der Verkäufer soll vor der Gefahr bewahrt bleiben, daß er die zur optimalen Steuerung der Risiken bzw. die zur Deckung eventueller Schäden notwendigen Beträge nicht einkalkuliert hat und dadurch Verluste erleidet. Das Gesetz legt deshalb grundsätzlich das Transportrisiko dem Käufer auf, in dessen Interesse der Verkäufer das Gut verschickte.

Freilich ist heute die starke Begrenzung der Tragweite des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit nur mehr schwer verständlich.³³⁹ Sie hatte ihre *volle* Berechtigung in einer Zeit, in der die Anbieter lediglich auf begrenzten Märkten tätig wurden und die Transportverhältnisse überdies bedeutend unsicherer waren, so daß die aus der Beförderung resultierenden Risiken kaum kalkuliert werden konnten. Gerade die

³³⁹ Bei evident unbeherrschbaren und unvorhersehbaren Störungen müßte man freilich auf der Basis des Veranlassungsgedankens das Risiko dem Käufer auch dann zuweisen, wenn man die „Heterogenität“ der Transportrisiken für irrelevant erklären würde; denn der Käufer hat das erhöhte Risiko des Transportes veranlaßt. Außerdem ist in vielen Fällen auch zu beachten, daß der Verkäufer angesichts der geringen Wahlmöglichkeiten in Hinblick auf die Transportwege und -methoden über keinen Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung verfügt, weil das in der neutralen Sphäre liegende Risiko von beiden Parteien gleich gut kalkuliert werden kann und der Verkäufer auf bestimmte Transportarten angewiesen ist. Es kann also nicht ohne weiteres behauptet werden, daß in der überwiegenden Zahl der Versendungskäufe der Verkäufer mit der Preisgefahr belastet werden würde, wenn man auf die „Heterogenität“ der Transportrisiken weniger Gewicht legen würde.

Tatsache, daß unter den heutigen Transportbedingungen häufig³⁴⁰ eine Risikobelastung des Verkäufers angebracht ist, signalisiert, in welchem Umfang § 447 BGB, der das gesamte Transportrisiko dem Käufer zuweist, auf der Grundlage der Vorstellungen über die Beförderungsverhältnisse im 19. Jahrhundert vom Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit geprägt worden ist. Dem Schuldner sollte heute – sofern nicht andere Elemente zu seinen Gunsten eingreifen – das Risiko zugerechnet werden, wenn er es – gegebenenfalls besser als der Gläubiger – im abstrakten Sinn zu beherrschen in der Lage ist. Dazu gehört, daß er es ausreichend³⁴¹ kalkulieren und für genügende Deckung der Kosten von gesamtwirtschaftlich optimalen Schutzmaßnahmen bzw. des potentiellen Schadens sorgen kann.

Diese Deutung wird durch die Interpretation des § 447 I BGB in den Fällen bestätigt, in denen der Verkäufer die Ware nicht vom Erfüllungsort absendet, sondern die Ware veräußert, die sich bereits auf dem Transport befindet.³⁴² Hier trägt der Verkäufer nach allgemeiner Ansicht die Transportgefahr, da die Risiken, denen die „rollende Ware“ ausgesetzt ist, weder vom Käufer konkret veranlaßt wurden, noch von potentiell dem Abnehmer zu Abnehmer verschieden sind. Soll die Ware am Bestimmungsort abgeliefert werden, so kann nämlich der Veräußerer der Kalkulation des Risikos ausreichend Aufmerksamkeit widmen, da es bei allen Nachfragern in gleicher Weise auftritt. Die Situation ändert sich, wenn die Ware auf Wunsch des Käufers umgeleitet wird. Nun wird der Verkäufer vor das Problem gestellt, kurzfristig das den individuellen Wünschen des Käufers entsprechende Risiko abzuschätzen und sowohl bei der Entscheidung über Transportart und -weg als auch bei der Preisgestaltung zu berücksichtigen. Der BGH³⁴³ hat daher bei derartigen Geschäften dem Käufer zu Recht die Preisgefahr von dem Zeitpunkt an auferlegt, in dem der Transportunternehmer die neuen Anweisungen erhält und damit das von den persönlichen Bedürfnissen des jeweiligen Käufers geprägte Risiko beginnt.

III. Zusammenfassung

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß eine Vielfalt von Vorschriften aus dem Kreis der die Risikoverteilung in Austauschverträgen regelnden Normen das durch die §§ 275, 279, 323 BGB errichtete System verschuldensunabhängiger Risiko-koordination durchbricht. Ihnen allen ist gemeinsam, daß sie sich mehr oder minder klar erkennbar an dem Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit ausrichten, – und sei es auch nur in der negativen Form, daß das Risiko einer Partei mangels Beherrschbarkeit nicht zugerechnet wird. Daraus kann der Schluß gezogen werden,

³⁴⁰ Vgl. aber *Rabel*, Warenkauf II, S. 292, 324f., der zutreffend darauf hinweist, daß der Versicherungsschutz zwar die Bedeutung der Gefahrtragung geschmälert hat. Angesichts der Lücken des Versicherungsschutzes dürfe aber die erhöhte Gefahr des Transportes nicht unterschätzt werden.

³⁴¹ Bei der Restriktion der auf den §§ 275, 279, 323 BGB basierenden Risikoverteilung wird man allerdings die nach generell-typischen Kriterien bestimmte „Kalkulierbarkeit“ von Risiken weiter zu fassen haben.

³⁴² Vgl. BGH, NJW 68, 1570ff.; RGR Komm. z. HGB – *Würdinger-Röhricht*, vor § 373 Anm. 187 m. w. Nachw.

³⁴³ BGH, NJW 68, 1570.

daß das Element abstrakter Beherrschbarkeit in der Rechtsordnung anerkannt ist und in allen drei Bereichen des planungswidrigen Aufwandes sowie der Primär- und Sekundärzweckstörung zum Tragen kommt.

Die Untersuchung hat des weiteren ergeben, daß das Gewicht des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit nicht überall gleich groß ist. Er wiegt schwerer im Hinblick auf die Pflicht, bei Planungsfehlern, die auf einer Verkennung von Tatsachen beruhen, die bei Vertragschluß schon existieren oder der Vergangenheit angehören, den Nichterfüllungsschaden zu ersetzen, als bei der Zurechnung einer Fehleinschätzung zukünftiger Entwicklungen. Für in der Zukunft liegende Risiken gilt grundsätzlich das mildere Verschuldensprinzip dort, wo die Risikofolge eine Schadensersatzpflicht ist. Der tiefere Grund dafür liegt in zwei Faktoren. Zum einen ist es in der Regel weit schwerer, in der Zukunft liegende Störungen zu prognostizieren als bereits eingetretene Störungen zu erkennen. Zum anderen taucht bei einer Schadensersatzpflicht, die auf das positive Interesse geht, immer das Problem auf, daß die Höhe des konkreten Schadens durch Umstände bestimmt wird, die zum guten Teil in der Sphäre des Vertragsgegners liegen. In ihrer Kumulation führen diese beiden Faktoren dazu, daß der Gedanke der abstrakten Beherrschbarkeit im Bereich der Schadensersatzhaftung wegen nachträglicher Störung des Austauschprozesses grundsätzlich durch das Verschuldensprinzip verdrängt wird.

Die das Zurechnungselement abstrakter Beherrschbarkeit konkretisierenden, generell-typischen Kriterien sind im wesentlichen *sphärenbezogen*. Dabei wird zwischen den Organisationsbereichen der Vertragsparteien und Gefahrenquellen, die der neutralen Sphäre angehören, unterschieden.

Der Umstand, daß die die Leistungsstörung auslösenden Gefahrenquellen der neutralen Sphäre angehören oder daß ein Vertragsteil in bestimmtem Umfang auf Gegenstände, die im Organisationsbereich des Partners liegen, einzuwirken imstande ist, führt zu einer Überschneidung der Beherrschbarkeitsbereiche. Dies wirkt sich zum einen darin aus, daß die Intensität, mit der Risikofolgen zugerechnet werden, abgeschwächt wird, – konkret: daß keine Schadensersatzpflichten begründet werden. Zum anderen macht es eine Abwägung unter den verschiedenen Beherrschungsmöglichkeiten erforderlich, da das Gesetz in derartigen Fällen die Risikofolgen nicht gleichmäßig auf beide Parteien verteilt hat. Hierbei spielen vor allem sphärenspezifische Merkmale, aber auch der Gedanke einer arbeitsteiligen Spezialisierung und der daraus resultierenden Steigerung der Fertigkeiten und Kenntnisse eine wesentliche Rolle. Diejenige Partei, die auf Grund dieser Abwägung über die *besseren* Beherrschungsmöglichkeiten verfügt, hat grundsätzlich das Risiko erhöhten Aufwandes, der zur Erbringung der Leistung „in natura“ erforderlich werden könnte, sowie die aus Primär- und Sekundärzweckstörungen resultierenden Folgen nutzlosen Aufwandes (d.h. die Preisgefahr) auf sich zu nehmen. Dort, wo die Beherrschungsmöglichkeiten ausgewogen sind, muß auf weitere Risikoverteilungselemente wie den Gedanken arbeitsteiliger Veranlassung zurückgegriffen werden.

Es kann also festgehalten werden, daß der Gedanke abstrakter Beherrschbarkeit in dem auf Austauschverträge zugeschnittenen Risikoverteilungssystem nicht nur

anerkannt ist, sondern auch auf der Grundlage immer wiederkehrender generell-typischer Kriterien konkretisiert und gewichtet wird. Diese Erkenntnisse gilt es später bei der Korrektur des durch die §§ 275, 279, 323 BGB geprägten Risikoverteilungssystems fruchtbar zu machen.

§ 2 Das Absorptionsprinzip

Das Absorptionsprinzip, das – anders als das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit – nicht auf die Prävention von Ereignissen, die der Planung zuwiderlaufen, sondern ausschließlich auf die optimale *Bewältigung von Schäden*, die durch derartige Ereignisse ausgelöst worden sind, bezogen ist, tritt im Bereich der auf Austauschverträge zugeschnittenen dispositiven Normen nur recht undeutlich in Erscheinung. Das liegt im wesentlichen daran, daß Beherrschbarkeitsprinzip sowie Absorptionsprinzip *in der Regel* anhand der *gleichen Kriterien konkretisiert* werden und für das BGB samt seinen Nebengesetzen überdies eine starke Generalisierung charakteristisch ist.

Das Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit, das als selbststeuerndes System ausgeformt ist, weist dem Risikoträger pauschal steuerbare Risiken in der Erwartung zu, daß der Risikoträger dort, wo die Abwehr potentieller Störungen über das verkehrserforderliche Maß hinaus als rentabel erscheint, Schutzmaßnahmen treffen wird. In Fällen, in denen nach dem Urteil des Risikoträgers die *Kosten* von Sicherungsvorkehrungen *höher* als das Produkt aus Wahrscheinlichkeit eines Schadens und potentielltem Schadensumfang sind, soll der Risikoträger diese Risiken durch die Berechnung und Rückstellung entsprechender Risikoprämien auffangen. Hier setzt auch das *Absorptionsprinzip* an, das ebenfalls die Möglichkeit im Auge hat, potentielle Schäden durch organisatorische Maßnahmen wie Termingeschäfte, Versicherungen oder auch nur durch die Bildung von Reserven über die Kalkulation und Ansammlung hinreichender Risikoprämien reibungslos aufzufangen. Im Unterschied zum Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit ist das Absorptionsprinzip aber primär auf vorhersehbare Störungen bezogen, die *evident unbeherrschbar* sind, also – wie z. B. Akte hoheitlicher Gewalt – auch durch alle nur denkbaren Anstrengungen nicht verhindert werden können. Bei der Normbildung muß dieser Unterschied indessen dort, wo – wie in aller Regel – Beherrschbarkeitsprinzip und Absorptionsprinzip in die gleiche Richtung weisen, nicht berücksichtigt werden. Das Gesetz braucht mit anderen Worten keine gesonderten Vorschriften zu schaffen, in denen das Absorptionsprinzip für die Fälle vorhersehbarer, aber offensichtlich unbeherrschbarer Störungen realisiert wird. Es kann das Beherrschbarkeitsprinzip und das Absorptionsprinzip *in der gleichen Norm* verwirklichen, indem es dem Risikoträger unabhängig von der Evidenz der Unbeherrschbarkeit in einem bestimmten Bereich alle Risiken zuweist, die dieser nach generell-typischen Kriterien entweder im „abstrakten“ Sinn *besser* zu beherrschen oder jedenfalls zu absorbieren vermag. Gleiches gilt für die Konstellationen, wo nach denselben Kriterien gesagt werden kann, daß beide Parteien das Risiko *ebensogut* zu beherrschen bzw. zu absorbieren

imstände sind und dann das Veranlassungsprinzip³⁴⁴ den Ausschlag gibt. In beiden Fällen müssen die Tatbestandsmerkmale der betreffenden Vorschrift keinen unmittelbaren Bezug zum Absorptionsprinzip aufweisen, da sie lediglich zeigen, daß dem Risikoträger in einem bestimmten Rahmen Schäden aus Störungen zugeordnet werden, gleichgültig, ob sie abgewehrt oder nicht abgewehrt werden können. Immerhin legt die Tatsache, daß die *beherrschbaren* und die *evident unbeherrschbaren* Risiken dem gleichen Vertragsteil zugeordnet werden, den Schluß nahe, daß das Gesetz der Sache nach dem Absorptionsgedanken Rechnung trägt. Dieser Schluß soll im folgenden anhand einer eingehenderen Analyse verschiedener Normen, die verschuldensunabhängig Risiken zuweisen, erhärtet werden.

I. Die Zurechnung des Risikos an den Gläubiger mangels eines Absorptionsvorsprunges des Schuldners

Für den Nachweis, daß der Absorptionsgedanke anerkannt ist, sind auch hier – wie schon im Zusammenhang mit dem Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit – die Vorschriften heranzuziehen, die den Grundsatz, daß der Schuldner bis zur Grenze der Unmöglichkeit ohne Rücksicht auf einen etwaigen Sorgfaltsverstoß erhöhten Aufwand zur Leistungserbringung treiben müsse (arg. e § 275 BGB), bzw. daß er im Falle einer Unmöglichkeit die für den Leistungsversuch getätigten Investitionen nicht entgolten (arg. e § 323 I BGB; Preisgefahr) erhält, durchbrechen und verschuldensunabhängig das Leistungserschwerungs- sowie das Aufwandsrisiko dem Gläubiger zuweisen. Ferner macht sich der Absorptionsgedanke bei Normen bemerkbar, die dem Gläubiger die Folgen von atypischen Sonderwünschen auferlegen. Zuletzt ist die Belastung des Käufers mit dem Risiko der Bonität von Forderungen auf ihre Aussagekraft für die Geltung des Absorptionsprinzips hin zu untersuchen.

a) §§ 293 ff, 324 II, 615, 642 BGB, §§ 572 ff, 594 ff, 666 HGB sowie die §§ 552, 645 BGB, 618, 667 HGB

Alle die aufgezählten Vorschriften sind dadurch gekennzeichnet, daß der Schuldner von dem Risiko entlastet wird, das er nach dem am Unmöglichkeitsgedanken orientierten Risikoverteilungsschema zu tragen hätte. Ihnen ist des weiteren gemeinsam, daß die Faktoren, die eine Leistungsstörung auslösen, entweder *aus der Sphäre des Gläubigers stammen* oder sich in *dessen Organisationsbereich* zuerst *bemerkbar* machen. Schließlich wird dem Gläubiger durch sämtliche Normen das Risiko auch dann zugewiesen, wenn das die Störung auslösende Ereignis *offensichtlich unbeherrschbar* gewesen ist. Der Gläubiger, der die von ihm bestellte Ware wegen eines Streikes der Transportarbeiter nicht abholen lassen kann, muß die erhöhten Lagerkosten ebenso bezahlen wie der Mieter, der an Krebs erkrankt in das

³⁴⁴ Siehe S. 95 f und unten S. 311 ff.

Krankenhaus eingeliefert wird, den Mietzins entrichten muß, obwohl er das Mietobjekt nicht in Gebrauch zu nehmen vermag. Diese Form der Risikoverteilung ist vom Standpunkt des Absorptionsprinzips durchaus gerechtfertigt.

Für die möglichst reibungslose Absorption von Risiken sind – sofern keine Versicherung oder sonstige organisierte Formen der Risikostreuung existieren – ähnlich wie bei der optimalen Beherrschbarkeit *zwei Faktoren* von besonderer Bedeutung: die *Wahrscheinlichkeit der Störung* und die *Höhe* des daraus resultierenden *potentiellen Schadens*. Auf der Basis des Produktes dieser beiden Faktoren können die für die *Selbstdeckung*³⁴⁵ der Risiken notwendigen Rücklagen kalkuliert und zur Bildung einer Reserve angesammelt werden. Durch sie ist ein Verlust, der sich tatsächlich einstellt, relativ leicht ausgleichbar. Auf diese Weise kann vermieden werden, daß größere Folgeschäden entstehen.

Analysiert man die eingangs genannten Vorschriften, so muß man feststellen, daß die *besseren* Möglichkeiten zur Selbstdeckung von Schäden *eher* beim Gläubiger, jedenfalls aber nicht beim Schuldner zu finden sind.

aa) Absorptionsvorsprung des Gläubigers bzw. gleich gute Absorptionsmöglichkeiten beider Parteien

Da das Charakteristikum dieser Normen darin besteht, daß die Störung aus der Sphäre des Gläubigers kommt oder sich in ihr zuerst niederschlägt, kann man davon ausgehen, daß der Gläubiger die *Wahrscheinlichkeit* einer Störung zumindest ebenso gut wie der Schuldner, normalerweise aber besser zu beurteilen vermag. Der Gläubiger ist in der Lage, die *aus seiner Sphäre stammenden* Störungen leichter als der Schuldner zu prognostizieren, weil er seine Sphäre selbst organisiert hat und Anzeichen für planungswidrige Ereignisse laufend beobachten kann. So wird er beispielsweise am besten seine körperliche Konstitution kennen und die Wahrscheinlichkeit einer Krankheit zu bewerten imstande sein, die ihn an programmgemäßen Mitwirkungshandlungen hindern könnte. Bei Störungen, die „von außen“ auf die *Sphäre des Gläubigers einwirken*, ist dieser Informationsvorsprung schwächer. Er fehlt aber nicht ganz. Man denke nur an den Fall, daß eine vom Gläubiger als Besteller bereitzustellende Sache gepfändet oder der Gläubiger als Mieter zu einer Wehrübung eingezogen wird. Jedenfalls wird *der Schuldner* kaum jemals Störungen, die sich zuerst in der Sphäre des Gläubigers bemerkbar machen, besser vorhersehen können. Wird beispielsweise in einer Zeit internationaler Spannungen der vom Besteller zu liefernde Stoff zu kriegswirtschaftlichen Zwecken vorübergehend beschlagnahmt, so mögen beide Parteien die gleichen Informationschancen besitzen. Man wird jedoch nicht sagen können, daß der Werkunternehmer die Wahrscheinlichkeit einer Beschlagnahme besser vorherzusehen in der Lage ist. Im Gegenteil spricht die Tatsache, daß jede Partei sich für die Umstände stärker interessieren und sich über sie intensiver informieren wird, die für den ihr nach der Austauschplanung zufallenden Anteil im Bedürfnisbefriedigungsprozeß von Bedeutung sind, für einen Erkenntnis-

³⁴⁵ Vgl. Philipp, Risiko und Risikopolitik, S. 76.

vorsprung des Gläubigers. Aus der Sicht eines ökonomischen Einsatzes der Kräfte ist dieses Verhalten auch durchaus sinnvoll, da sich jede Partei auf diejenigen Umstände konzentriert, die für sie unmittelbar erheblich werden.

Unter dem Aspekt des Ausmaßes *des potentiellen Schadens* sind die Beurteilungsmöglichkeiten beider Parteien regelmäßig ausgeglichen. Das beweist ein kurzer Blick auf die verschiedenen Störungsfolgen. Bei der Miete vermag der Mieter den Umfang des aus der sinnlosen Bereitstellung von Gebrauchsmöglichkeiten resultierenden Verlustes aus dem vereinbarten Mietzins abzulesen (§ 552 BGB). Kann der Besteller vorübergehend den Stoff nicht liefern, so bestimmt sich die von ihm zu zahlende Entschädigung primär nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der Vergütung. Davon sind die ersparten Aufwendungen und der anderweitige Verdienst des Unternehmers abzuziehen (§ 642 BGB). Der Faktor „Vergütung“ ist für den Besteller ebenso gut, die Dauer des Verzuges tendenziell besser erkennbar. Die Möglichkeit zu anderweitigem Verdienst und die Höhe ersparter Aufwendungen kann zwar der Schuldner besser kalkulieren. Das fällt aber nicht so stark ins Gewicht wie die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit und der Dauer einer Verzögerung der Mitwirkung; denn der Gläubiger kann sich bei der Risikobewertung immer daran orientieren, daß der Schuldner keine Ersparnisse macht und anderweitige Einkünfte erzielt, also letztlich die vereinbarte Vergütung ansetzen. Derartige „Höchstgrenzen“ existieren für den Schuldner bezüglich der Wahrscheinlichkeit und der Dauer eines Gläubigerverzuges nicht. Bei den Mehraufwendungen im Sinne des § 304 BGB, deren Ausmaß der Schuldner ebenfalls besser einzuschätzen vermag, fehlen allerdings derartige „Höchstgrenzen“. Die Kosten für ein erneutes Angebot sowie die Aufbewahrung und Erhaltung des Gegenstandes bewegen sich jedoch in einem überschaubaren Rahmen. Vom Ausgangspunkt einer ausreichenden Selbstdeckung des Risikos wird daher dieser Informationsvorsprung des Schuldners durch die dem Gläubiger offenstehenden Informationsquellen aufgewogen, anhand derer die Wahrscheinlichkeit und Intensität eines Ereignisses zu bewerten ist, das ihn an der planungsgemäßen Mitwirkung hindert.

bb) Verhinderung einer Externalisierung von Risiken

Wie schon im Zusammenhang mit dem Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit³⁴⁶ mag man auch hier darauf hinweisen, daß der Schuldner die Risiken auf der Grundlage *längerfristiger Erfahrungssätze* kalkulieren könnte, zumal für den typischerweise spezialisierten Unternehmer derartige Erfahrungen leicht zu sammeln sind. Ferner sei der Schuldner als Unternehmer eher als der Letztverbraucher in der Lage, *Kapital* zur Selbstdeckung vorhersehbarer, aber evident unbeherrschbarer Störungen zu bilden. Endlich könne der Schuldner als Unternehmer das Risiko *über die Preise* auf eine Vielzahl von Kunden abwälzen. Hieraus könnte man folgern, daß die aufgezählten Vorschriften, die diesen Formen der Risikobewältigung nicht Rech-

³⁴⁶ Siehe oben S. 163 f.

nung tragen, sondern das Risiko dem aus dieser Perspektive schwächeren Teil auferlegen, nichts mit dem Absorptionsgedanken zu tun haben.

Dabei werden jedoch die normativen Implikationen übersehen, die mit dem Absorptionsprinzip verbunden sind. Der am Wettbewerb ausgerichtete Absorptionsgedanke hat zunächst einmal nichts mit den Vermögensverhältnissen zu tun. Im marktwirtschaftlichen System wird – vorbehaltlich der Marktbeherrschung – unterstellt, daß beide Parteien die gleiche Finanzkraft aufweisen.³⁴⁷ Das gilt auch für den Letztverbraucher, der – von Bereichen, in denen ihm sozialer Schutz gewährt wird, abgesehen – gleichfalls als Wirtschaftseinheit angesehen wird. Maßgeblich ist vielmehr in erster Linie, welche der Parteien die für die Selbstdeckung unbeherrschbarer Gefahren notwendigen Risikoprämien zuverlässiger kalkulieren kann und auf dieser Basis unter der Prämisse genügender Finanzkraft ausreichende Reserven aufzubauen imstande ist.

Damit ist allerdings noch nicht der Einwand erledigt, daß der Schuldner die der Sphäre des Gläubigers entspringenden oder sich in ihr zuerst auswirkenden Risiken auf der Basis einer Durchschnittskalkulation reibungsloser auffangen könnte. Dieses Argument ist hier ebenso wenig stichhaltig wie es bei steuerbaren Gefahren einen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners zu begründen vermag.³⁴⁸ Zum einen muß man nämlich berücksichtigen, daß die in den genannten Vorschriften aufgezählten Störungsquellen sehr zahlreich sind. Der Schuldner ist vielfach – wie der historische Gesetzgeber im Rahmen des § 667 HGB ausführt³⁴⁹ – nicht in der Lage, sie „mit einiger Sicherheit vorherzusehen und beim Vertragsschluß zu beachten“. Wichtiger ist die zweite Überlegung, daß das Absorptionsprinzip auf dem Weg über das dispositive Recht nicht ohne weiteres zu einer Art Zwangsversicherung führen darf, bei der alle Nachfrager einer ähnlichen Leistung über die Preise gleiche Risikoprämien bezahlen, obgleich mit dem individuellen Austausch *unterschiedliche Gefahren* verbunden sind.³⁵⁰ Dieses Verständnis der Absorption wäre um so weniger gerechtfertigt, als der Gläubiger vielfach erkennen kann, wann die Vertragsabwicklung mit unter- bzw. überdurchschnittlichen Risiken erfolgen kann. Von daher erscheint es angebracht, daß jede Partei die Risikoprämie in die Reserve einbringt, die ihrem individuellen Risiko, z.B. einer Krankheit, entspricht. Dieses Ziel kann nur erreicht werden, wenn diejenige Partei die Selbstdeckung des Risikos übernimmt, die es nach generell-typischen Merkmalen besser kalkulieren kann; denn es ist kaum anzunehmen, daß der Gläubiger dem Schuldner freiwillig ein erhöhtes Entgelt anbietet, weil er zu der Ansicht gelangt ist, daß eine unbeherrschbare Störung des konkreten Austausches überdurchschnittlich wahrscheinlich ist.

Dort, wo sich beide Parteien über die *Daten*, die für die Wahrscheinlichkeit eines aus der neutralen Sphäre stammenden Hindernisses *relevant sind, gleich gut infor-*

³⁴⁷ Siehe S. 90f.

³⁴⁸ Siehe oben S. 163f.

³⁴⁹ Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2514.

³⁵⁰ Zum Problem der Externalisierung von Risiken vgl. *Calabresi*, Costs aaO, S. 144ff sowie S. 193, 337.

mieren können, mag freilich dem Schuldner eine Durchschnittskalkulation auf der Basis längerfristiger Erfahrungssätze Absorptionsvorteile bringen. Kann er eine größere Anzahl ähnlicher Risiken bei sich vereinigen, so gleichen sich nämlich die Über- bzw. Unterbewertungen des Risikos leichter aus. Hinzu kommt, daß die berufliche Tätigkeit dem Schuldner manchmal Erfahrungssätze liefert, anhand derer er die Wahrscheinlichkeit bestimmter Risiken zuverlässiger zu beurteilen imstande ist. Die These, daß die eingangs genannten Vorschriften, soweit sie nach sphärenbezogenen Kriterien dem Gläubiger die Gefahr vorhersehbarer, aber unbeherrschbarer Störungen zuordnen, u. a. auch von dem Gedanken geprägt sind, daß der Schuldner diese Risiken eher schlechter, jedenfalls aber nicht besser als der Gläubiger absorbieren kann, wird dadurch aber nicht erschüttert. Die hier ins Spiel gebrachten Konstellationen zeigen nur, daß das Gesetz die generell-typischen Kriterien, die den Absorptionsvorsprung des Gläubigers bzw. das Gleichgewicht der Absorptionsmöglichkeiten umreißen, zu weit gezogen hat. Überblickt man nämlich die Störungsquellen, die dazu führen können, daß der Austauschprozeß gestört wird, weil ein evident unbeherrschbares Ereignis, das *aus der Sphäre* des Gläubigers *entspringt* oder sich *zuerst in* seinem Organisationsbereich *bemerkbar* macht, ein Leistungshindernis entstehen läßt, so ist nicht zu verkennen, daß in der *Mehrzahl dieser Fälle* die Störungsursache stark von den individuellen Verhältnissen des Gläubigers abhängt und sich der Gläubiger besser über die für die Bewertung des Risikos erforderlichen Faktoren zu informieren vermag. Risiken, bei denen die für ihre Kalkulation relevanten Daten in der neutralen Sphäre liegen, die von beiden Parteien gleich gut erkannt werden können und darüber hinaus auch sehr ähnlich sind, werden verhältnismäßig selten sein. Das Gesetz hat diese Fallgruppe vernachlässigt und die für die Risikoverteilung auf der Grundlage des Absorptionsprinzips notwendigen generell-typischen Kriterien an der überwiegenden Zahl der Fälle orientiert, in denen der Gläubiger über einen Absorptionsvorsprung bzw. über gleichwertige Absorptionschancen verfügt. Hierdurch hat es im Einklang mit den §§ 275, 323 BGB Normen geschaffen, die relativ leicht auszulegen sind, und die Zahl der für die Beurteilung eines Streitfalles maßgeblichen Vorschriften in engen Grenzen gehalten.

cc) Ergebnis

Die durch die §§ 293 ff, 324 II, 615, 642 BGB, 572 ff, 594 ff, 666 HGB sowie die §§ 552, 645 BGB, 618, 667 HGB getroffenen Regelungen stellen mithin weder einen Ausfluß eines nicht lediglich als Konkretisierungsmerkmal bestimmter Zurechnungselemente zu verstehenden, sondern völlig eigenständigen Sphärengedankens dar, noch können sie allein aus der abstrakten Beherrschbarkeit oder der Verantwortung für das „eigene Schicksal“³⁵¹ – um nur die wichtigsten, bisher herangezogenen³⁵² Begründungen zu erwähnen – hergeleitet werden. *Dort, wo* das Leistungshin-

³⁵¹ Benthien, Zweckerreichung aaO, S. 84.

³⁵² Siehe S. 63.

dernis in bzw. aus der Sphäre des Gläubigers zwar *vorhersehbar*, aber *evident unbeherrschbar* ist, liefert der Absorptionsgedanke eine brauchbare Erklärung für die Zuordnung des Risikos an den Gläubiger, – und sei es auch nur in dem „*negativen Sinne*“, daß keine der Parteien über einen Absorptionsvorsprung verfügt. Das Fehlen eines Absorptionsvorsprungs bei beiden Teilen macht nämlich den Weg zu einem Rückgriff auf das Veranlassungsprinzip³⁵³ frei und führt dazu, daß der Gläubiger, in dessen Interesse der Schuldner tätig geworden ist, mit der Selbstdeckung dieser Risiken belastet wird.

b) § 447 BGB

Der Einfluß des Absorptionsgedankens ist auch bei der Regelung des Versendungskaufes zu verzeichnen. Die – wie oben gezeigt wurde³⁵⁴ – große Heterogenität der Risiken in ihrer Abhängigkeit von Transportart, Entfernung sowie Beförderungsweg läßt die Gefahr entstehen, daß die mit dem Transport verbundenen Risiken unterschätzt werden und daß daher vom Verkäufer unzureichende Reserven aufgebaut werden. Die für die Absorption durch Selbstdeckung notwendige Reservenbildung fehlt in den Fällen völlig, in denen die Ware zu Ab-Werks-Preisen verkauft und nur die reinen Beförderungskosten in Rechnung gestellt werden. Das Gesetz hält somit augenscheinlich die Absorptions- ebenso wie die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten des Verkäufers für zu schwach, um das Risiko vom Käufer als Veranlasser der Versendung auf den Verkäufer zu überwälzen.

c) Bonitätsrisiko beim Verkauf von Forderungen

„Negativ“, d.h. auf das Fehlen eines Absorptionsvorsprungs und – wie bereits dargetan³⁵⁵ – eines Beherrschbarkeitsvorsprungs des Verkäufers und positiv auf die Veranlassung des Risikos durch den Käufer, ist ferner die Belastung des Käufers mit dem Bonitätsrisiko zurückzuführen.

Auf den ersten Blick liegt es zwar nahe, anzunehmen, daß der Verkäufer einer Forderung typischerweise das Bonitätsrisiko besser abschätzen und die zur Deckung des Risikos einer späteren Zahlungsunfähigkeit nötige Prämie genauer bestimmen könnte. Der Verkäufer wird vielfach selbst die Forderung mit dem von ihm ausgesuchten Drittschuldner begründet haben. Als Forderungsinhaber, der ein natürliches Interesse an der finanziellen Leistungskraft des Drittschuldners besitzt, konnte er dessen Vermögensentwicklung und Zahlungsmoral über einen längeren Zeitraum beobachten. Die Parallele zu dem Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers bei Sachmängeln drängt sich auf. Bei eingehenderer Analyse zeigen sich indessen gravierende Unterschiede. Anders als die Eigenschaften des Kaufobjektes liegen die für die Bewertung des Bonitätsrisikos relevanten Daten in der neutralen

³⁵³ Siehe unten S. 196.

³⁵⁴ Siehe oben S. 174 f.

³⁵⁵ Siehe oben S. 171.

Sphäre bzw. im Bereich des Drittschuldners. Den Umfang der Passiva kann der Verkäufer beispielsweise regelmäßig³⁵⁶ genauso schlecht wie der Käufer erkennen. Beide sind hierbei im wesentlichen auf die Angaben des Drittschuldners angewiesen, denen man grundsätzlich mißtrauisch gegenüberstehen muß, weil kein Drittschuldner seine Kreditschwäche freiwillig preisgeben wird. Im Hinblick auf den Umfang des Aktivvermögens ist zwar ein gewisser Informationsvorsprung des Verkäufers zu verzeichnen. Er fällt jedoch nicht so stark ins Gewicht, als daß er sich zu einem Absorptionsvorsprung verdichten würde. Die Vermögensverhältnisse des Drittschuldners können sich nämlich seit dem Zeitpunkt, in dem die Forderung begründet wurde, stark verschoben haben. Um das Bonitätsrisiko zu kalkulieren, sind also beide Parteien darauf angewiesen, den aktuellen Stand des Vermögens zu ermitteln. Dabei wird normalerweise der Umstand, daß der Verkäufer mit dem Drittschuldner längere Zeit in Kontakt stand und beobachten konnte, daß dieser seine laufenden Schulden anstandslos beglich, wenig aussagekräftig sein, weil damit nur die bisherige Zahlungsfähigkeit bewiesen ist. Vor allem sind angesichts der verschiedenen Formen der Mobiliarsicherheiten und Sicherungszessionen für eine Bewertung des Aktivvermögens regelmäßig Anstrengungen erforderlich, die über die bloße Beobachtung der Geschäfte des Drittschuldners im Rahmen des ständigen Kontakts hinausgehen. Beide Parteien werden sich vielmehr im wesentlichen auf Auskünfte von Banken und Auskunftgebern verlassen müssen, um auch nur einigermaßen brauchbare Daten für eine Bewertung des Bonitätsrisikos zu erhalten.

Beide Parteien sehen sich mithin, um das Bonitätsrisiko zu kalkulieren, gezwungen, Daten heranzuziehen, die in der Geschäftsverbindung des Verkäufers mit dem Drittschuldner nicht zutage treten. Sie können lediglich zum Teil durch Auskünfte von Banken und Auskunftgebern in Erfahrung gebracht werden; denn sie liegen wie der Stand der Passiva größtenteils im Internbereich des Drittschuldners und entziehen sich der Kenntnis beider Parteien. Man kann daher der These, der Käufer werde auch beim Kauf von Forderungen, die nicht als „dubios“ bezeichnet werden könnten, mit dem Bonitätsrisiko belastet, weil derartige Käufe von einem Anflug der Spekulation nicht völlig frei seien,³⁵⁷ im Grundsatz durchaus zustimmen. Entscheidend ist aber nicht die Spekulation als solche, sondern der Umstand, daß beide Parteien das Bonitätsrisiko typischerweise im wesentlichen gleich gut oder richtiger gleich schlecht zu bewerten imstande sind. Das Gesetz hat daher nicht dem Verkäufer die Absorption der aus der Rückabwicklung des Vertrages entstehenden Lasten auferlegt. Es hat die Absorption des Bonitätsrisikos dem Käufer „als Veranlasser“ zugewiesen, der dieser Belastung dadurch Rechnung tragen kann, daß er die Forderung entsprechend seiner Schätzung des Bonitätsrisikos nur zu einem unter ihrem Nominalwert liegenden Preis erwirbt, und die Differenz als Risikoprämie in seine Reserven einbringt.

³⁵⁶ Zur Frage eines etwaigen Informationsvorsprunges der Hausbank vgl. S. 353 ff.

³⁵⁷ Siehe oben S. 46.

II. Die Zurechnung des Risikos an den Schuldner aufgrund besserer Absorptionsmöglichkeiten

a) Untergang der vom Schuldner zur Leistung eingesetzten Hilfsmittel

Das BGB geht stillschweigend davon aus, der Schuldner habe das Risiko auf sich zu nehmen, daß Geräte, Maschinen und sonstige Hilfsmittel, die er im Interesse des Gläubigers zur Leistungserbringung anschafft und benutzt, durch ein *offensichtlich unbeherrschbares Ereignis* zerstört werden. Nur in § 701 HGB ist diese Frage ausdrücklich geregelt. Die Vorschrift ordnet an, daß alle durch einen Unfall verursachten Schäden und Kosten vom jeweiligen Eigentümer zu tragen sind. Eine Ausnahme gilt lediglich dort, wo ein Fall der großen Haverei vorliegt, die zur Voraussetzung hat, daß der Schaden bei einer Rettung von Schiff *und* Ladung entsteht (§ 700 HGB). In einem solchen Fall wird die Beitragspflicht des Gläubigers überdies auf einen Teil der geretteten Ladung und Fracht beschränkt (§ 716 HGB). Der Gläubiger wird also auch hier nicht verpflichtet, zum Ersatz von Schäden, die am Schiff eingetreten sind, mehr als sein Interesse an den zur Beförderung übergebenen Gütern sowie das versprochene Entgelt aufzuopfern.

Diese Form der Risikoverteilung läßt sich bei *vorhersehbaren, aber offensichtlich unbeherrschbaren* Schäden gut mit dem Absorptionsgedanken in Einklang bringen. Der Schuldner kennt üblicherweise nicht nur besser den Wert der von ihm zur Leistung eingesetzten Güter und damit das Ausmaß des potentiellen Schadens. Er vermag auch in der Regel die Wahrscheinlichkeit einer Störung, die sich zunächst in seiner Sphäre auswirkt, besser zu bewerten. So wird man von einem Produzenten, der zur Belieferung eines Großabnehmers mit einer bestimmten, umweltgefährdenden Chemikalie Anlagen errichtet, die den Anforderungen einer später in Kraft tretenden Umweltschutzgesetzgebung nicht entsprechen und daher demontiert werden müssen, eher erwarten können, daß er die Indizien, die für eine derartige Gesetzgebung sprechen, erkennt und auf ihrer Grundlage die Wahrscheinlichkeit eines Produktionsverbotes realitätsnäher beurteilt. Da die für eine Selbstdeckung des Risikos wesentlichen Faktoren dem Schuldner leichter zugänglich sind bzw. von ihm zuverlässiger erkannt werden können, kann man hier von einem Absorptionsvorsprung des Schuldners sprechen, kraft dessen ihm solche Risiken zuzurechnen sind.

Ein wenn auch relativ geringer Absorptionsvorsprung des Schuldners fehlt auch dort nicht, wo *unvorhersehbare* Störungen zum Untergang der zur Leistungserbringung eingesetzten Hilfsmittel führen. Vielfach wird der Schuldner das Sachrisiko mit geringerem Kostenaufwand versichern können, weil er die Versicherung über einen längeren Zeitraum für eine Vielzahl von Austauschverträgen abschließen kann, bei denen sich immer ein im Grunde unwahrscheinliches Ereignis schädigend auswirken kann. Auf diese Weise fallen nämlich nicht ständig neue Abschlußkosten an, die die Versicherungstarife in die Höhe treiben. Selbst dort, wo keine ausrei-

chenden Versicherungsmöglichkeiten existieren, vermag der Schuldner das Risiko leichter aufzufangen. Der Schuldner kann nämlich zumindest das *Ausmaß* des potentiellen Schadens besser als der Gläubiger beurteilen, da er bei Vertragsschluß nicht nur genauer vorhersehen kann, welche Hilfsmittel eingesetzt werden müssen, sondern auch ihren Wert exakter kennt. Der Schuldner besitzt daher für die Kalkulation der Beträge, die für die Deckung des Risikos erforderlich sind, wenigstens einige zuverlässige Anhaltspunkte. Allerdings legt bei unvorhersehbaren Störungen der für die individuelle Kalkulation des Risikos wesentlichere Faktor, die Wahrscheinlichkeit eines Schadens, es nahe, das Risiko zu vernachlässigen oder jedenfalls für zu gering zu erachten. Daraus darf man jedoch nicht ableiten, daß beide Parteien über die gleichen unzulänglichen Absorptionsmöglichkeiten verfügen und daher die Risikobelastung des Schuldners auf andere Gründe zurückgeführt werden müßte. Immerhin bewegen sich im konkreten Fall auch unvorhersehbare Störungen regelmäßig im Rahmen des Denkbaren. Der Schuldner, der den Wert der von ihm im Interesse des Gläubigers eingesetzten Hilfsmittel besser kennt, kann zumindest global für unwahrscheinliche Gefahren Rückstellungen machen, die den Umfang des konkreten Risikos wenigstens in etwa widerspiegeln. Ferner ist in den Grenzfällen unvorhersehbarer Störungen, die durch eine Selbstversicherung nur unzureichend abgedeckt werden können, zu berücksichtigen, daß diejenige der Parteien die Risikofolgen *schlechter* aufzufangen in der Lage ist, bei der sich das Risiko in Form einer Zahlungsverpflichtung auswirkt. Sie muß nämlich möglicherweise einen Vermögenswert unter großen Verlusten veräußern, während diejenige Partei, die das von ihr eingesetzte Objekt verliert, allenfalls auf dessen weitere Nutzung zu verzichten hat. Schließlich findet die Zuweisung des Schadens an den Schuldner auch in der Tatsache ihre innere Rechtfertigung, daß durch die Überwälzung der Risikofolge auf den Vertragspartner, bei dem sie sich nicht unmittelbar realisiert, zusätzliche Kosten entstehen können.³⁵⁸ Als Quelle für derartige Kosten kommen insbesondere Streitigkeiten über den Wert des beschädigten Objektes in Betracht. Die zusätzlichen Aufwendungen würden die Absorption durch die Partei, die den Schaden zu ersetzen hätte, erschweren, da sie die Absorptionslast vergrößern würden.³⁵⁹ Dieser Umstand darf freilich auch nicht überbewertet werden. Er kann, wie die gesetzliche Risikoverteilung in Fällen des Gläubigerverzugs und die Durchbrechung des § 323 BGB durch die §§ 552, 645 BGB, 618 HGB zeigen, nur dort in die Waagschale gelegt werden, wo der Absorptionsvorsprung einer Partei *nicht eindeutig* durch *andere* Faktoren begründet wird, andererseits aber auch die Absorptionsmöglichkeiten *beider* Parteien *nicht offensichtlich gleichwertig* sind. Bei einer Gleichwertigkeit der Chancen zur Risikostreuung muß grundsätzlich das Veranlassungsprinzip den Ausschlag geben.

³⁵⁸ Weyers, Unfallschäden, S. 609.

³⁵⁹ Zur Relevanz dieses Gesichtspunktes für eine Risikoverteilung im Sinne wirtschaftlicher Effizienz vgl. Calabresi/Hirschhoff, 81 Yale Law Journal 1059 (1972); Calabresi/Melamed, 85 Harvard Law Review 1093 (1972).

b) Beschädigung bzw. Zerstörung des Mietobjektes

Die Absorptionsmöglichkeiten des Vermieters spielen auch eine wesentliche Rolle bei der Entlastung des Mieters von Schäden an dem Mietobjekt, die dieser im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit besser verhüten könnte. Das BGBbürdet nämlich dem Vermieter die Gefahr auf, daß das Mietobjekt ohne ein Verschulden des Mieters in dessen Organisationsbereich beschädigt oder zerstört wird. Der Umstand, daß der Mieter häufig allein weiß, wo sich das Mietobjekt im Zeitpunkt der Schadensentstehung befindet, jedenfalls aber genauer die Gefahren kennt, denen er das Mietobjekt exponiert, wird ebenso ignoriert, wie die Tatsache, daß der Mieter als Besitzer der Mietsache etwaige Störungen schneller unterbinden könnte.

Den Grund für diese Risikoverteilung hat man unter anderem in den Absorptionsmöglichkeiten zu suchen, die dem Vermieter offenstehen. Die Mieter, die mehr oder minder häufig wechseln, müßten jeweils neu die wertabhängigen Rückstellungen für das Mietobjekt kalkulieren. Das wird dadurch erschwert, daß ihnen der Wert des Mietobjektes vielfach nur recht ungenau bekannt ist. Der Vermieter kann hingegen langfristig Rücklagen für die mit dem vertragsgemäßen Gebrauch verbundenen Abnutzungen und Beschädigungen bilden. Darüber hinaus wäre es kostentreibend, wollte man von jedem Mieter von neuem erwarten, daß er eine Sachversicherung wie z.B. eine Brandversicherung abschließt. Dies würde die Kosten des Versicherungsgeschäftes und dadurch die Preise für die Versicherung unnötig in die Höhe treiben. Es ist vielmehr bedeutend rationeller, eine Versicherung einzugehen, die vom Wechsel der Mieter unabhängig ist und deren Kosten auf den jeweiligen Mieter abgewälzt werden können.³⁶⁰

Damit setzt man sich freilich in gewissen Widerspruch zu den normativen Wertungen, die im Zusammenhang mit der Risikozuordnung bei den um den Gläubigerverzug kreisenden Vorschriften sowie den §§ 552, 645 I BGB in Erscheinung getreten sind. Dort³⁶¹ wurde ausgeführt, daß das Gesetz das Absorptionsprinzip gerade nicht im Sinne einer langfristigen Durchschnittskalkulation konkretisiert hat. Es vermeidet dadurch, daß derjenige Gläubiger, bei dem unterdurchschnittliche Gefahren auftreten, andere Nachfrager subventionieren muß, bei denen die Gefahr einer Störung überdurchschnittlich hoch ist. Im Unterschied zu den durch § 552 BGB erfaßten Störungen wie Krankheit des Mieters, seine dienstliche Versetzung, sind allerdings die Gefahren, die zu einer Beschädigung des Mietobjektes führen können, nicht ganz so heterogen, d.h. von den individuellen Verhältnissen des Mieters abhängig. Da die Schäden im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs entstehen müssen, wird das jenseits eines Sorgfaltsverstosses liegende Risiko einer Beschädigung, das bei *vergleichbaren Leistungen* entsteht – beispielsweise bei der Vermietung eines Hauses als Wohnung – *nicht so stark von Mieter zu Mieter schwanken* wie die in seiner Person liegenden Gründe (§ 552 BGB), die den Mieter an der Ausübung des Gebrauchsrechtes hindern. Die Beschränkung auf den „vertragsge-

³⁶⁰ Vgl. BGH, NJW 72, 1363; ferner BGH, NJW 76, 1506 (1507).

³⁶¹ Siehe S. 132 ff, 156 ff, 163 ff.

mäßigen Gebrauch“ sorgt dafür, daß keine Risiken aus ungewöhnlichen Formen der Nutzung entstehen können, mit denen der Vermieter nicht rechnen konnte. Ferner ist zu berücksichtigen, daß der Risikobereich „Beschädigung des Mietobjektes“ sehr weit gefaßt ist. In ihm sind Schäden, die aus der im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs liegenden mehr oder minder gefährlichen Nutzung des Mietobjektes resultieren, zusammengefaßt mit Gefahren, denen die Mietsache bei jedem potentiellen Mieter ausgesetzt ist, wie Brandstiftung, Einbruch, Bruch von Wasserrohren oder Schäden durch Unwetter. Man kann daher vom Vermieter auch eher die Absorption auf der Basis langfristiger Durchschnittskalkulation und Versicherungen erwarten, ohne daß befürchtet werden muß, daß die Unterschiedlichkeit der mit der Person des jeweiligen Mieters zusammenhängenden Risiken zu einer übermäßigen Begünstigung einzelner Mieter führt bzw. andere Nachfrager nötigt, Mieter zu subventionieren, bei denen sich Risiken häufen. Gänzlich ist hierdurch zugegebenermaßen der Widerspruch zur Behandlung des Absorptionsgedankens in den an den Gläubigerverzug anknüpfenden Normen sowie den §§ 552, 645 BGB, 618, 667 HGB nicht ausgeräumt.

Die Vernachlässigung einer möglichst am konkreten Vertrag orientierten Risikokalkulation und Risikobewältigung, die dem Mieter zugute kommt, wird aber voll verständlich, wenn man den Gedanken des *Sozialschutzes* ins Spiel bringt, der in § 538 I BGB zu einer im Vergleich zu § 459 I BGB verschärften Haftung des Vermieters geführt hat;³⁶² denn von einem Mieter kann nicht ohne weiteres erwartet werden, daß er – um den verbreitesten Fall der Wohnungs- und Grundstücksmitte aufzugreifen – das Kapital anzusammeln vermag, das zur Abdeckung des Schadens infolge einer Zerstörung des Hauses erforderlich ist. Dieses Element rechtfertigt es u. a. auch, daß der abstrakte *Beherrschbarkeitsvorsprung des Mieters gegenüber* dem auf langfristiger Durchschnittskalkulation basierenden *Absorptionsvorsprung des Vermieters* in den Hintergrund tritt. In den bisher analysierten Fällen wiesen die Zurechnungsprinzipien abstrakte Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit immer in die gleiche Richtung, da für beide Elemente die Bewertung des Risikos von zentraler Bedeutung ist. Sie decken sich deshalb regelmäßig dort, wo die Gefahren vorhersehbar und steuerbar sind. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Beherrschbarkeitsvorsprung bei der *einen* und der Absorptionsvorsprung, der beispielsweise kostengünstigen Versicherungsmöglichkeiten entspringen kann, bei der *anderen* Partei liegt. Dieses Spannungsverhältnis läßt sich weder einfach zugunsten einer optimalen Prävention von Schäden noch zugunsten des Veranlassungsprinzips auflösen. Man wird vielmehr, wenn andere Risikoverteilungselemente keine Entscheidungshilfen geben, das Risiko nach dem Gewicht des Absorptionsvorsprungs einerseits und des Beherrschbarkeitsvorsprungs andererseits zuzuordnen haben. Eine derartige Gewichtung brauchte der Gesetzgeber hier nicht vorzunehmen, da der soziale Schutzgedanke klar dafür spricht, den Vermieter mit der Gefahr zu belasten, daß das Mietobjekt während des vertragsgemäßen Gebrauches ohne einen Sorgfaltsverstoß des Mieters beschädigt oder zerstört wird.

³⁶² Siehe S. 118f.

§ 3 Das Prinzip arbeitsteiliger Veranlassung

Die Gedanken „abstrakte Beherrschbarkeit“ und „Absorption“ prägen das verschuldensunabhängige Risikoverteilungssystem. Nicht immer läßt sich vom Ziel einer optimalen Abwehr von Risiken und einer Bewältigung der Risikofolgen her die Wahl treffen, welchem der Vertragspartner das Risiko aufzuerlegen ist. Die Arbeitsteilung und die hierdurch ausgelöste Spezialisierung lassen zwar im allgemeinen Aussagen darüber zu, von welcher Partei man erwarten darf, daß sie die im Bedarfsdeckungsprozeß auftauchenden Störungen effizienter abwehrt oder leichter auffängt. Die Wahl zwischen den Zurechnungsadressaten kraft abstrakten Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprungs wird indessen dort unmöglich, wo das Risiko von beiden Parteien *gleich gut oder* von beiden Teilen *gar nicht* beherrscht und absorbiert werden kann. In diesen Konstellationen ist es vom Standpunkt einer optimalen Gefahrenabwehr bzw. Bewältigung der Risikofolgen gleichgültig, wem das Risiko auferlegt wird; denn der optimale Einsatz wirtschaftlicher Güter läßt sich durch ein mit Hilfe „generell-typischer“ Kriterien konkretisiertes Risikoverteilungssystem entweder überhaupt nicht oder immer verbessern. Da das Risiko aber einer der Parteien aufgebürdet werden muß, bedarf es eines Zurechnungselementes, das von dem Zweck einer optimalen Allokation unabhängig ist. Dieses Element liefert der Gedanke der arbeitsteiligen Veranlassung, der an einem Modell orientiert ist, dem sowohl Spezialisierung als auch Optimierung der Güterproduktion fremd sind. Er kann daher in einem marktwirtschaftlichen, vom Wettbewerb geprägten System nur die Funktion eines Zügels an der Waage übernehmen. Das gilt jedenfalls bei Austauschverträgen, wo der Belastung des Schuldners mit einem von ihm optimal steuerbaren bzw. absorbierbaren Risiko ein Entgelt gegenübersteht, das – unbeschadet der marktwirtschaftlichen Grundsätze der Preisbildung – tendenziell die Kosten einer Optimierung der Gefahrenabwehr und Absorption deckt.

Das Veranlassungsprinzip tritt daher besonders stark bei den Vertragsformen in Erscheinung, bei denen ein *solches Entgelt fehlt*. Hierbei ist zum einen an die unentgeltlichen Verträge zu denken, wo der Veranlassungsgedanke³⁶³ dazu geführt hat, daß der Auftragnehmer Schäden auf den Auftraggeber abwälzen darf, die er bei seiner Tätigkeit in dessen Interesse erleidet.³⁶⁴ Eine ähnliche Struktur charakterisiert den § 110 HGB, der die Risikoverteilung unter OHG-Gesellschaftern regelt. Da die Gesellschafter zu einer Gewinn- und Verlustgemeinschaft zusammengeschlossen sind,³⁶⁵ finden in ihrem Innenverhältnis die Elemente abstrakter Beherrschbarkeit und Absorption keine unmittelbare Anwendung. Die Zuständigkeit für eine bestmögliche Gefahrenabwehr und -bewältigung verlagert sich auf die Gemeinschaft.

³⁶³ Canaris, RdA 66, 41 ff; Larenz, SchR II, S. 263; Genius, AcP 173, 512 ff.

³⁶⁴ Weitere Nachw. zu diesem Problemkreis, Palandt-Thomas, BGB, § 670 Anm. 3b; Erman-Hauß, BGB, § 670 Anm. 7.

³⁶⁵ Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaften, S. 21 ff.

Im folgenden soll daher zunächst dem Veranlassungsgedanken am Beispiel des aus dem Rahmen der hier zur Diskussion stehenden Austauschverträge fallenden § 110 HGB nachgegangen werden, wo der Gesetzgeber das Veranlassungsprinzip gewissermaßen in Reinkultur verankert hat.

I. Der Veranlassungsgedanke im Rahmen von Gesellschaftsverträgen (§ 110 HGB)

§ 110 HGB verpflichtet die offene Handelsgesellschaft zum Ersatz des Schadens, den einer der Gesellschafter „unmittelbar durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind“, erleidet. Die ratio dieser Vorschrift wird im allgemeinen – in Übereinstimmung mit dem historischen Gesetzgeber³⁶⁶ – in der engen Gemeinschaft der Gesellschafter und in der Billigkeit gesehen.³⁶⁷

Diese Begründung ist äußerst vage. Mehr Plausibilität kann deshalb die These für sich beanspruchen, daß § 110 HGB eine Konkretisierung des Veranlassungsprinzips darstelle.

In einer Gesellschaft schaltet jeder der Gesellschafter – wechselseitig – die anderen zur Befriedigung seiner Bedürfnisse ein und veranlaßt sie, zur Erreichung des Gesellschaftszweckes Beiträge zu leisten und Risiken einzugehen. Wird nun einer der Gesellschafter im Rahmen der Geschäftsführung geschädigt, so wird letztlich der Schaden allen Gesellschaftern entsprechend ihren Gewinn- bzw. Verlustanteilen auferlegt. Den nicht unmittelbar geschädigten Gesellschaftern wird er zugerechnet, weil sie denjenigen Gesellschafter, der den Verlust erlitten hatte, dazu veranlaßt haben, ein Risiko zur Deckung ihres Bedarfes einzugehen. Die Veranlassung von Risiken zwingt natürlich nicht dazu, den Gesellschafter, der das Geschäft geführt hat und in dessen Person oder Vermögen sich das Risiko realisiert hat, gänzlich vom Schaden zu entlasten. Das Veranlassungsprinzip beruht ja gerade auf der Idee, daß – wenn es keine Arbeitsteilung gäbe – jede Partei die im Laufe der Befriedigung ihrer Bedürfnisse auftretenden Risiken selbst tragen müßte. Daraus folgt ohne weiteres, daß der unmittelbar geschädigte Gesellschafter, der mit der Geschäftsführung zugleich³⁶⁸ eigene wie auch fremde Interessen zu fördern sucht, auch anteilig die mit der Tätigkeit als Gesellschafter untrennbar verbundenen Gefahren auf sich zu nehmen hat. § 110 HGB verteilt mithin das Risiko von Schäden, die unmittelbar durch die Geschäftsführung entstehen bzw. die Gefahren, die mit der Geschäftsführung untrennbar verbunden sind, auf der Grundlage des Veranlassungsprinzips auf die Gesellschafter, die andere zur Verwirklichung ihrer Interessen arbeitsteilig einschaltet haben, sowie auf den Gesellschafter, der im eigenen Interesse tätig geworden ist. Das Ausmaß, in dem die einzelnen Gesellschafter das Risiko veranlaßt

³⁶⁶ Denkschrift zum HGB, S. 83.

³⁶⁷ Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 284, 289; A. Hueck, Recht der offenen Handelsgesellschaft, S. 213; RGR-Komm. z. HGB-Fischer, § 110 Anm. 6.

³⁶⁸ Wilburg, Elemente aaO, S. 122.

haben, ergibt sich aus ihrem Gewinn- bzw. Verlustanteil, der ihr Interesse an dem arbeitsteiligen Zusammenwirken widerspiegelt.

Das Veranlassungsprinzip erlaubt nicht nur, die ratio des § 110 HGB plausibel zu begründen. Es ermöglicht auch eine sachgerechte Interpretation der Norm in Fällen, in denen sich während der Geschäftsführung allgemeine Lebensrisiken realisieren. Würde man sich strikt an dem Wortlaut des § 110 HGB orientieren, so hätte die Gesellschaft zum Beispiel auch den Schaden zu ersetzen, den ein Gesellschafter durch einen Verkehrsunfall erleidet.

Es wird nun aber verlangt, daß der Schaden im Sinne des § 110 HGB auf einer mit der Geschäftsführung verbundenen³⁶⁹ Gefahrenerhöhung gegenüber dem allgemeinen Lebensrisiko³⁷⁰ oder der allgemeinen Verkehrsgefahr³⁷¹ beruhe.³⁷² Es müsse sich – in der Formulierung Steindorffs³⁷³ – um geschäftsführungsadäquate Schäden handeln. Diese Einschränkung des § 110 HGB läßt sich ohne Schwierigkeiten mit Hilfe des Veranlassungsprinzips rechtfertigen,³⁷⁴ das eben nicht rein kausal³⁷⁵ zu verstehen ist, sondern auf dem Gedanken beruht, daß der Leistende arbeitsteilig im Interesse des Gläubigers besondere^{375 a} Risiken eingeht. Jeder der Gesellschafter ist, ohne arbeitsteilig tätig zu werden, Gefahren wie Krankheit oder Verkehrsunfällen exponiert, die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit Schäden bestimmten Umfangs auslösen können. Realisieren sich derartige Gefahren während der Geschäftsführung, so kann der geschädigte Gesellschafter natürlich ihre Folgen nicht mittelbar auf die Mitgesellschafter abwälzen, die diese Risiken nicht veranlaßt haben. Die Mitgesellschafter haben immer nur solche Risiken veranlaßt, denen der geschädigte Gesellschafter entweder außerhalb seiner Tätigkeit für die Gesellschaft gar nicht ausgesetzt ist oder die doch im Vergleich zum normalen Lebensrisiko die Wahrscheinlichkeit eines Schadens klar erhöhen.³⁷⁶ Hierher gehört nicht die Herzattacke, der ein Gesellschafter während schwieriger Geschäftsverhandlungen zum Opfer fällt,³⁷⁷ da die Gefahr eines Herzinfarkts kaum geringer gewesen wäre, wenn der Gesellschafter seine Arbeitskraft nicht der Gesellschaft gewidmet hätte. Im Lichte der „Billigkeit“ oder „engen Gemeinschaft“, auf die im allgemeinen der § 110 HGB zurückgeführt wird, wäre dieses einleuchtende Ergebnis nicht so zwingend; denn die mit der Vorstellung von einer „engen Gemeinschaft“ verknüpften Wertungen lassen ohne weiteres auch das Argument zu, daß die Gesellschafter aufgrund einer aus der Gemeinschaft fließenden Fürsorgepflicht gehalten sind, sich gegenseitig von

³⁶⁹ RGR Komm z. HGB-Fischer, § 110 Anm. 10; A. Hueck, Recht aaO, S. 214.

³⁷⁰ Vgl. Wilburg, Elemente aaO, S. 117, 38 ff.

³⁷¹ Heymann-Kötter, HGB, § 110 Anm. 3; Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 287.

³⁷² Genius, AcP 173, 508 ff.

³⁷³ Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 287.

³⁷⁴ Vgl. Nachw. in Fn. 367.

³⁷⁵ Zur Kritik eines rein kausalen Verständnisses des Veranlassungsgedankens im Rahmen der Vertrauenshaftung vgl. Canaris, Vertrauenshaftung aaO, S. 473 ff mit weit. Nachw.

^{375 a} Vgl. Lange, JZ 76, 206 f mit weit. Nachw.

³⁷⁶ A. Huber, Haftung aaO, S. 80, 82.

³⁷⁷ Genius, AcP 173, 506 ff; ferner Canaris, RdA 66, 41 ff.

allen Schäden zu entlasten, die sie anlässlich ihrer Tätigkeit für die Gesellschaft erlitten haben, sofern nicht offensichtlich jeglicher Zusammenhang mit der Gesellschaft fehlt.

II. Der Veranlassungsgedanke in bürgerlich-rechtlichen Austauschverträgen

Der Einfluß des Veranlassungsprinzips macht sich in den auf Austauschverträge zugeschnittenen, dispositiven Vorschriften vor allem bei der Zurechnung des Risikos von Aufwandserhöhungen infolge Gläubigerverzuges (§§ 293 ff, 642 II, 615 BGB) sowie der Gefahr nutzlosen Aufwandes aufgrund von Primärzweckstörungen im Miet- und Werkvertragsrecht (§§ 552, 645 I BGB) bemerkbar. Diese Vorschriften, die den Gläubiger auch dann mit dem Risiko belasten, wenn es evident unbereicherlich und unvorhersehbar war, können nur vom Veranlassungsgedanken her verstanden werden.

a) Kritik der in der Literatur vertretenen Ansichten

In der Literatur wird freilich häufig der Einfluß des Veranlassungsprinzips auf diese Form der Risikoverteilung verkannt. Man stützt sich vielmehr auf das Element der „Sphäre“, das man nicht als Konkretisierungsmerkmal eines materiellen Rechtsgedankens, sondern als einen nicht weiter ableitbaren Zurechnungsgesichtspunkt versteht. Daneben wird der Gedanke abstrakter Beherrschbarkeit ins Spiel gebracht und unzulässig verabsolutiert, weil nicht gesehen wird, daß die ratio dieser Normen auf mehreren Zurechnungsprinzipien beruht.

Das Beherrschbarkeitsprinzip klingt bei Köhler an,³⁷⁸ der die ratio des § 645 I BGB unter anderem darauf zurückführt, daß sich der mangelhafte Stoff, bevor er dem Werkunternehmer übergeben werde, im Einfluß- und Herrschaftsbereich des Bestellers befinde, der den Stoff auf seine Tauglichkeit hin zu untersuchen in der Lage sei und auch die Gefahren, die ihn zu verschlechtern drohen, hintanhalten könne.³⁷⁹ Ähnlich argumentiert Beuthien,³⁸⁰ der den Gehalt des § 552 S. 1 BGB unter anderem darin sieht, daß das in der Person des Mieters liegende Hindernis seinem Ursprung nach ausschließlich in die Herrschafts- und Risikosphäre des Mieters falle. Ferner versucht man das Beherrschbarkeitsprinzip zum Verständnis der §§ 293 ff BGB fruchtbar zu machen. So vertritt etwa Oertmann³⁸¹ die Ansicht, man solle dem Gläubiger nur die in seiner Person begründeten Hindernisse uneingeschränkt zur Last legen, während Hindernisse³⁸² im Betriebskreis des Gläubigers die Bejahung des Annahmeverzuges nur dann erlauben, falls sie beherrschbar seien.³⁸³

³⁷⁸ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 42.

³⁷⁹ Vgl. BGH, NJW 63, 1824 f.

³⁸⁰ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 84 f.

³⁸¹ Oertmann, LZ 1927, 1184.

³⁸² So wohl Fabricius, Leistungsstörungen aaO, S. 62.

³⁸³ Ähnlich Larenz, SchRI, 10. Aufl. S. 285 für den Fall der Ausdehnung des Annahmever-

Ein Teilstreik, der die Tätigkeit eines Betriebes lahmlege und es dem Gläubiger unmöglich mache, die Leistung rechtzeitig anzunehmen, begründe mithin keinen Annahmeverzug. H. Lehmann³⁸⁴ geht noch einen Schritt weiter. Annahmeverzug liege nur bei solchen Störungen im Bereich des Gläubigers vor, die dieser durch höchste, überpflichtmäßige Sorgfalt hätte hintanhalten können. Einwirkungen höherer Gewalt könnten daher keinen Annahmeverzug auslösen.³⁸⁵

Gegen diese Deutung sprechen indessen nicht nur der Wortlaut der §§ 293 ff, 615, 642, 552, 645 I BGB, sondern auch die auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsprinzips gewonnenen Ergebnisse. Der Wortlaut dieser Vorschriften enthält keinen Anhaltspunkt³⁸⁶ dafür, daß der Beherrschbarkeitsgedanke bei der Risikozurechnung allein maßgeblich sei.³⁸⁷ Man könnte immerhin behaupten, daß der Gesetzgeber im Interesse größtmöglicher Rechtssicherheit von den Beherrschungsmöglichkeiten im Einzelfall total abstrahiert habe. Will man aber der materiellen Austauschgerechtigkeit und damit nach den hier dargestellten Meinungen dem Beherrschbarkeitsgedanken stärker Rechnung tragen, so müßte man dem Vermieter die Gefahr auferlegen, daß die von ihm vermietete Wohnung leer bleibt, weil der Mieter unvorhersehbar zum Militärdienst eingezogen wird,³⁸⁸ obgleich doch der Mieter das Risiko, daß das zu Wohnzwecken benutzte Objekt nicht genutzt werden kann, selbst zu tragen gehabt hätte, wenn er seinen Wohnbedarf selbst befriedigt hätte.

Beuthien,³⁸⁹ der dieses Ergebnis nicht akzeptieren will, sieht sich daher gezwungen, in Fällen, in denen den Mieter keine aus seinen Beherrschungsmöglichkeiten fließende Risikoverantwortung trifft, zusätzlich darauf abzuheben, ob die persönlichen Abnahmehindernisse im Sinne einer wertenden Risikozurechnung derart das „Schicksal“ des Mieters seien, daß er und kein anderer es mit allen wirtschaftlichen Nebenfolgen zu tragen habe. Diese Formel ist jedoch für die Rechtsanwendung unbrauchbar, da sie mit ihrer Berufung auf das „Schicksal“ nicht auf eine einigermaßen rational abgesicherte Wertung, sondern ausschließlich auf eine emotional bestimmte Stellungnahme des Urteilenden³⁹⁰ verweist. Der Begriff des Schicksals wird auch dadurch nicht faßbarer, daß man ihn mit dem Sphärengedanken im Sinne der Auswirkungstheorie in Verbindung bringt; denn wie Wilburg³⁹¹ zutreffend fest-

zugs auf die Unmöglichkeit bei Zerstörung des Leistungssubstrates. Kritisch *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 242.

³⁸⁴ *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 243.

³⁸⁵ Ähnlich wohl *U. Huber*, JuS 1972, 61.

³⁸⁶ Vgl. *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 43.

³⁸⁷ So im Ergebnis auch RGZ 100, 48; RG, JW 24, 812; *Larenz*, SchR, 10. Aufl. S. 315 f; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 255; *Fikentscher*, SchR, S. 224; *Staudinger-Werner*, BGB, § 293 Anm. 16.

³⁸⁸ Nach allgemeiner Ansicht hat in derartigen Fällen der Mieter das Risiko zu tragen. RGZ 147, 309; *Staudinger-Kiefersauer*, BGB, § 552 Anm. 2; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 525; *Donau*, NJW 54, 177.

³⁸⁹ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 84.

³⁹⁰ Vgl. auch *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 114.

³⁹¹ *Wilburg*, Elemente aaO, S. 40.

stellt, ist der isolierte Sphärengedanke im Sinne der Auswirkungstheorie einer weiteren rationalen Begründung unzugänglich.

Vor das gleiche Problem, den § 645 I BGB *einerseits* auf den Pfeiler des *Beherrschbarkeitsprinzips* zu stellen, *andererseits* aber dem Besteller das Risiko *bei evident unbeherrschbaren* Störungen zuzurechnen, sieht sich auch Köhler³⁹² gestellt. Er versucht diesen Widerspruch mit dem Argument auszuräumen, man dürfe in Fällen, in denen der Stoff vor Lieferung infolge höherer Gewalt mangelhaft werde, das Unternehmerrisiko nicht ohne zureichenden Grund erweitern. Der Unternehmer schulde zwar die Herbeiführung eines Erfolges. Daraus könne jedoch nicht ohne weiteres der Schluß gezogen werden, der Schuldner habe das Risiko für jeden zufälligen Umstand zu tragen, der die Herstellung unmöglich mache. Die Risikobelastung des Schuldners würde überdehnt werden, wenn man dem Schuldner auch die Gefahr für die mangelfreie Beschaffenheit des vom Besteller zu liefernden Stoffes auferlegen wollte; solange ihm nämlich der Stoff nicht geliefert worden sei, habe er keinerlei Einwirkungsmöglichkeiten. Häufig werde der Unternehmer auch keinerlei Kenntnisse von der Qualität des Stoffes besitzen; schließlich sei es Aufgabe des Bestellers, den Stoff herbeizuschaffen und zur Verfügung zu stellen. Das „Unternehmerrisiko“ setze daher erst dann ein, wenn der Besteller ein mangelfreies Leistungssubstrat zur Verfügung gestellt habe.³⁹³

Inzident behauptet Köhler damit, daß dem Unternehmer im Werkvertragsrecht nur die Risiken auferlegt werden dürfen, die von ihm beherrscht werden können.³⁹⁴ Selbst wenn man diese These im Kern für richtig hält, muß man sich doch fragen, warum dann der Besteller *alle anderen* Risiken zu tragen habe. Man darf sich also nicht einfach mit der Automatik, daß die Risiken, die nicht dem Unternehmer zur Last fallen, zwangsläufig dem Besteller aufgebürdet werden müssen, zufrieden geben. Das Gesetz kann die Risiken nicht einfach im Subtraktionsverfahren verteilen, sondern hat die Gründe gegeneinander abzuwägen,³⁹⁵ die für die Zurechnung an die eine oder die andere Partei sprechen. Es muß positiv begründet werden, warum gerade der Gläubiger ein Entgelt ohne Gegenleistung entrichten soll. Ein positives Zurechnungskriterium ist erst recht dort erforderlich, wo dem Gläubiger – wie in den §§ 304, 642 II BGB – ein Risiko auferlegt wird, das unter Umständen Zahlungsverpflichtungen auslöst, die weit über das versprochene Entgelt hinausgehen. Die Tatsache allein, daß beim Gläubigerverzug auf den ersten Blick keine einleuchtenden³⁹⁶ Argumente ersichtlich sind, die die Zuordnung des Risikos an den Schuldner

³⁹² Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 43.

³⁹³ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 40.

³⁹⁴ Ähnlich vom Denkansatz her wohl auch Fikentscher, GG, S. 44f, wenn er vom Prinzip des „Umschlagens“ spricht. Vgl. ferner Peter, JZ 76, 633f.

³⁹⁵ Das belegt auch die Entstehungsgeschichte des § 645 BGB. Vgl. Mot. II S. 500 und vor allem Prot. II S. 331 ff.

³⁹⁶ Ohne Erklärungswert ist das von Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 255f ins Feld geführte Argument, daß der Schuldner trotz Annahmeverzuges zur Leistung verpflichtet bleibe, da es hierfür zuerst der Begründung bedürfte, warum der Schuldner nicht verpflichtet bleiben sollte, zumal wenn er den Gegenleistungsanspruch behalten will.

rechtfertigen, gestattet nicht, den Gläubiger über sein Versprechen hinaus³⁹⁷ zu belasten.

b) Die Bedeutung des Veranlassungsprinzips für die ratio der Vorschriften über den Annahmeverzug und für § 645 BGB

Diese Lücke schließt das Veranlassungsprinzip.³⁹⁸ Es bestätigt zugleich die h. M.,³⁹⁹ die zu Recht die in den §§ 293 ff, 615, 642 II, 645 I BGB erfaßten Störungen dem Gläubiger zurechnet, ohne dessen Beherrschungsmöglichkeiten zu beachten. Es genügt – wie die erste Kommission im Zusammenhang mit der Regelung des Gläubigerverzuges formulierte – „die nackte Tatsache“ der Nichtannahme der angebotenen Leistung seitens des Gläubigers.⁴⁰⁰ Es sei völlig irrelevant, warum der Nachfrager seine zum planungsgemäßen Leistungserfolg notwendigen Beiträge nicht zu erbringen vermöge.⁴⁰¹ Erforderlich sei nur, daß sich die Gefahr auf seine Person oder seinen Tätigkeits- und Betriebsbereich „auswirke“.

Dem *historischen Gesetzgeber* ist die Bedeutung des Veranlassungsprinzips für die Risikoverteilung bei den hier zur Diskussion stehenden Formen der Leistungsstörung nicht fremd geblieben. So wurde in der zweiten Kommission⁴⁰² ein Antrag, den Werkunternehmer von dem Risiko *aller beim Besteller* eintretenden Störungen zu entlasten, unter anderem darauf gestützt, daß einerseits der Zufall auch den Besteller hätte treffen können, wenn dieser selbst das Werk herstellen würde. Andererseits könne man von dem Werkunternehmer billigerweise⁴⁰³ nicht verlangen, daß er dem Besteller die bei diesem eintretenden Gefahren, mit denen er nicht zu rechnen brauche, abnehme. Der Antrag wurde zwar nicht Gesetz. Man hielt den Begriff des „bei dem Besteller eingetretenen Umstandes“ für zu unbestimmt. Daneben monierte die Kommissionsmajorität, daß es für den Besteller nicht minder unbillig sei, eine Arbeit vergüten zu müssen, die den von ihm angestrebten Erfolg nicht gehabt habe.⁴⁰⁴ Diesem Einwand wurde jedoch dann nicht voll Rechnung getragen. Die Majorität verpflichtete nämlich den Besteller auch in Fällen, in denen der Stoff *infolge höherer Gewalt* mangelhaft und dadurch das Werk unausführbar wird, den nutzlosen Aufwand an Material und Arbeitskraft zu vergüten (§ 645 I BGB). Sie durchbrach damit die Regel des § 323 I BGB auch dort, wo kein Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung für die Risikobelastung des Bestellers spricht.

³⁹⁷ Das übersieht *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 256.

³⁹⁸ Diese Wertung, die eine im Vergleich zum Schuldner stärkere Risikobelastung des Gläubigers rechtfertigt, übersieht *Fabricius*, Leistungsstörung aaO, S. 70.

³⁹⁹ Vgl. RGZ 100, 48; RG, JW 24, 812; *Staudinger-Werner*, BGB, § 293 Anm. 16; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 255; *Fikentscher*, SchR, S. 224; *Larenz*, SchR, S. 315 f; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 42 f; über § 242 BGB einschränkend *Erman-Battes*, BGB, § 293 Anm. 5.

⁴⁰⁰ Mot. II, S. 68 f.

⁴⁰¹ Vgl. auch BGH, NJW 63, 341; RGZ 147, 309.

⁴⁰² Prot. II, S. 333.

⁴⁰³ Den Billigkeitsgedanken betont auch der BGH (NJW 73, 320) und zementiert dadurch den Wertungswiderspruch zu den §§ 552 S. 1 BGB, 666, 667 II HGB.

⁴⁰⁴ Prot. II, S. 334 f.

c) Die Bedeutung des Veranlassungsprinzips für die ratio des § 552 BGB

Deutlicher als durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte läßt sich der Einfluß des Veranlassungsgedankens bei einer Untersuchung der *Tragweite des § 552 BGB* nachweisen, der im wesentlichen dieselben Strukturen wie die §§ 293 ff, 615, 642, 645 BGB aufweist.

Literatur und Rechtsprechung ist bislang noch keine saubere und sachlich einleuchtende Trennung zwischen den „in der Person des Mieters“ begründeten und den sonstigen Hindernissen, die einem Gebrauch des Mietobjektes im Wege stehen, gelungen. Im allgemeinen begnügt man sich mit der Formel, die den „in der Person des Mieters liegenden Gründen“ Hindernisse in der Person des Vermieters sowie objektive Umstände⁴⁰⁵ gegenüberstellt, die weder die Person des Mieters noch die des Vermieters tangieren.⁴⁰⁶

Diese Differenzierung stößt auf Schwierigkeiten, sobald man die „objektiven Umstände“ näher betrachtet, wie folgende Beispiele erhellen: Ein Bewohner einer kleinen Nordseeinsel hat ein Hotelzimmer auf dem Festland bestellt. Infolge tagelangen Sturmes fällt die Fährverbindung aus, so daß das Festland nicht erreicht werden kann. – Ein in Berlin ansässiger Urlauber hat sich kurzfristig ein Zimmer in Bayern gemietet. Infolge einer Sperrung aller Verbindungen zwischen Berlin und der Bundesrepublik kann er das Zimmer nicht benutzen. – Derselbe Urlauber kann ein kleines Alpendorf nicht erreichen, weil die einzige Zufahrtsstraße zum Ort tagelang von einem Erdbeben verschüttet ist.⁴⁰⁷

Nach der Formel von den „objektiven Umständen“ hätte der Vermieter in jedem Fall das Risiko zu tragen gehabt, obwohl es nur in der dritten Konstellation angemessen erscheint, dem Vermieter den Schaden aufzuerlegen. Man darf die Risikoverteilung somit nicht einfach daran orientieren, ob das Hindernis nur einzelnen Personen oder ganzen Gruppen⁴⁰⁸ die Nutzungsmöglichkeit nimmt; denn eine Sperrung der Zugangswege von und nach Berlin trifft zweifellos eine Vielzahl von Personen. Entscheidend für eine sachgerechte Behandlung der verschiedenen Fälle ist vielmehr, daß der Mieter in den ersten beiden Konstellationen ein bestimmtes Risiko sinnlosen Aufwandes veranlaßt hat, während diese „Veranlassung“ im dritten Beispiel fehlt. Im „Insel“- und „Berlin“-Fall hat nämlich der Mieter mit dem Vertragsschluß die Gefahr erhöht, daß die Mietobjekte nicht genutzt werden können, da er die *Leistungskapazität des Vermieters an sich gebunden* und diesen hierdurch gehindert hatte, rechtzeitig mit *anderen potentiellen Nachfragern* wie den Bewohnern des Festlandes bzw. der Bundesrepublik zu kontrahieren, denen der Zugang *nicht abgeschnitten gewesen war*.

Von der Veranlassung dieser Gefahr nutzlosen Aufwandes kann aber im „Erdbeben“-Fall keine Rede mehr sein, wo der Zugang zum Mietobjekt *allen potentiell-*

⁴⁰⁵ RGZ 147, 309 „gegenständliche Umstände“.

⁴⁰⁶ RGZ 79, 95, 147, 309; *Staudinger-Kiefersauer*, BGB, § 552 Anm. 6; *Soergel-Mezger*, BGB, § 552 Anm. 1; *Palandt-Putzo*, BGB, § 552 Anm. 6.

⁴⁰⁷ Beispiele nach *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 33.

⁴⁰⁸ *Erman-Schopp*, BGB, § 552 Anm. 2.

len Nachfragern verwehrt gewesen wäre; denn der durch das Leerstehen der Mieträume entstehende Wertverlust kann *dann nicht* auf den Vertragsschluß mit einem bestimmten Mieter zurückgeführt werden.⁴⁰⁹ Bei dieser Fallkonstellation hat zwar der Mieter ebenfalls den Vermieter zu seiner Bedarfsdeckung eingeschaltet. Das hat aber nicht dazu geführt, daß der Vermieter im Interesse des Mieters Investitionen (Reservierung des Zimmers) macht, die an sich nutzbringend und vergütungswürdig sind und nur deshalb nutzlos bleiben, weil der Mieter das Mietobjekt nicht gebrauchen kann. Natürlich darf vom Standpunkt des Veranlassungsprinzips nicht gefordert werden, daß von Fall zu Fall zu prüfen ist, ob der Vermieter im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. danach mit anderen Nachfragern hätte in Kontakt treten können, die zur Nutzung des Mietobjektes in der Lage gewesen wären. Hier ist eine gewisse Generalisierung zugunsten des Vermieters unumgänglich.⁴¹⁰ Dem Veranlassungsgedanken – richtiger: dem Fehlen einer Veranlassung – ist jedoch dort Rechnung zu tragen, wo es wie im „Erdrutsch“-Fall evident ist, daß die Mietsache von keinem anderen potentiellen Mietinteressenten hätte benutzt werden können, – wo die Vertragsstörung mit anderen Worten *homogen* ist.

Eine Analyse der Rechtsprechung zeigt, daß in mehreren Entscheidungen der Gedanke der arbeitsteiligen Risikoveranlassung eine wesentliche Rolle als Abgrenzungskriterium spielte.

In einem beim OLG München⁴¹¹ anhängig gewesenen Streit hatte sich der anderswo ansässige Mieter zum Zwecke der Erholung eine Wohnung auf drei Monate gemietet. Er konnte die Wohnung nicht voll nutzen, da er infolge einer behördlichen Aufenthaltsbeschränkung auf 3 Wochen vorzeitig abreisen mußte. Das OLG betonte zutreffend, daß das Aufenthaltsverbot nicht umfassend war, sondern nur Ortsfremde betraf, so daß Ortsansässige als potentielle Benutzer der Wohnung weiter in Frage gekommen wären.

Um ein heterogenes Risiko im Sinne einer Gefahr, die nicht alle denkbaren Nachfrager gleichermaßen trifft, ging es auch in folgender RG-Entscheidung.⁴¹² Dort hatte 1929 ein Kaufhausunternehmen Räume zum Betrieb eines Kaufhauses auf 10 Jahre gemietet. Bis 1934 hatte es das Kaufhaus noch nicht eröffnet. Als 1934 aufgrund des Gesetzes zum Schutze des Einzelhandels die Eröffnung eines neuen Kaufhausbetriebes untersagt wurde, weigerte sich das Unternehmen, den Mietzins fortzuzahlen.

Das RG argumentierte, es gehe nicht an, daß dem Vermieter aus dem Umstand, daß das Kaufhaus nicht rechtzeitig eröffnet worden sei, ein wirtschaftlicher Nachteil erwachse, obwohl er auf die Benutzung der Räume eines Kaufhauses keinerlei Einfluß gehabt habe und der Mieter mit der Verzögerung der Geschäftseröffnung sei-

⁴⁰⁹ So im Ergebnis auch Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 33; ihm folgt Palandt-Putzo, BGB, § 552 Anm. 2.

⁴¹⁰ Vgl. auch unten S. 311 f.

⁴¹¹ OLGZ 39, 150.

⁴¹² RGZ, 147, 304 (309).

nen Vorteil gewahrt habe. Diese Erwägungen sind nicht vollständig. Das RG hätte, um die Entscheidung umfassend zu begründen, erwähnen müssen, daß der Vermieter die Möglichkeit besessen hatte, mit anderen potentiellen Mietern zu kontrahieren, die rechtzeitig vor Inkrafttreten des Gesetzes ein Geschäft eröffnet hätten.

Diese Chance, die Räume mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit an andere potentielle Nachfrager zu vermieten, hat beispielsweise wohl in dem Fall bestanden, in dem lediglich die Errichtung von Filialbetrieben im Stellenvermittlungsgewerbe hoheitlich unterbunden wurde. Die Unmöglichkeit dieser Art der Nutzung ist auf einen engen Personenkreis beschränkt und tangiert andere potentielle Mieter nicht. Von daher gesehen hat das RG⁴¹³ den Mieter, der die Räume wegen des Verbotes nicht gebrauchen konnte, zu Recht nicht von der Pflicht, Mietzins zu bezahlen, befreit.

Anders lag die Situation in einem anderen durch das Gesetz zum Schutz des Einzelhandels ausgelösten Rechtsstreit.⁴¹⁴ Dort hatte der Mieter Ende 1932 in Berlin Ladenräume zum Betrieb einer Porzellan-Verkaufsstelle angemietet. Die Mietzeit sollte am 1. Oktober 1933 beginnen, es sei denn, daß der Vermieter erklärte, daß die Räume schon zum 1. April 1933 bezugsfertig seien. Diese Erklärung erfolgte nicht. Im Mai 1933 erging das Gesetz zum Schutz des eingesessenen Einzelhandels. Es wandte sich insbesondere gegen Konkurrenten, die in den Einzelhandel aus Berufszweigen strömten, die infolge der Weltwirtschaftskrise darniederlagen. Das Gesetz verbot die Errichtung neuer Verkaufsstellen. Erlaubt blieb die Verlegung einer Verkaufsstelle innerhalb desselben Gemeindebezirkes, sofern die neue Verkaufsstelle höchstens um ein Zehntel vergrößert wurde. Ferner konnte eine Ausnahmegenehmigung erteilt werden, wenn ein besonderes Bedürfnis für das neu zu errichtende Geschäft bestand. Diese Genehmigung wurde dem Mieter verweigert. Das RG hat hier die Klage auf Zahlung des Mietzinses abgewiesen. Dabei stützte es sich auf § 323 BGB. Die Anwendung des § 552 BGB lehnte es mit dem Argument ab, es läge hier kein persönlicher Hinderungsgrund vor, da „die Errichtung von Verkaufsstellen jedem Volksgenossen ohne Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse“⁴¹⁵ verboten sei. Ausnahmen dürften nur bei Vorhandensein eines besonderen Bedürfnisses nach einer bestimmten Verkaufsstelle zugelassen werden.

Man kann nun aber durchaus die Ansicht vertreten, der Umstand, daß der Mieter ein Geschäft eröffnen und betreiben wolle, für das kein besonderes Bedürfnis bestehe, sei ein in seiner Person liegender Grund, da er selbst die Entscheidung über die Betriebsart gefällt habe. Dem Urteil ist gleichwohl im Ergebnis zuzustimmen. In dem konkreten Fall waren nämlich die Chancen, daß das Mietobjekt von anderen potentiellen Mietern hätte genutzt werden können, verschwindend gering. Angesichts der damaligen Überbesetzung des Handels, der zum Einzelhandelsschutzgesetz geführt hatte, war gerade in Berlin kaum anzunehmen, daß ein anderer poten-

⁴¹³ RGZ 79, 95.

⁴¹⁴ RGZ 146, 60ff.

⁴¹⁵ RGZ 146, 65.

tieller Mieter eine Ausnahmegenehmigung erhalten hätte. Desgleichen war es gänzlich unwahrscheinlich, daß der Vermieter – unterstellt, daß er mit dem Mieter keinen Mietvertrag geschlossen hätte – mit einem anderen Nachfrager in Kontakt getreten wäre, der lediglich seine im selben Gemeindebezirk liegende Verkaufsstelle ohne eine ins Gewicht fallende Vergrößerung der Verkaufsräume verlagern wollte. Der Vermieter hatte hier also mit dem Abschluß des Mietvertrages nur eine Leistungskapazität gebunden, die sich ex post aus der Sicht aller potentiellen Mietinteressenten als nutzlos erwies. Der Mieter hat mit anderen Worten offensichtlich keine Fehlleitung von Leistungskapazität veranlaßt, die hätte rechtzeitig nutzbringend eingesetzt werden können, wenn der Vermieter sich nicht dem Mieter vertraglich verpflichtet hätte.

Auf der gleichen Linie liegt die restriktive Interpretation der Vorschriften über den Gläubigerverzug.⁴¹⁶ Der BGH⁴¹⁷ lehnt ihre Anwendung in Fällen ab, in denen das Leistungshindernis nicht nur in der Person des Gläubigers, sondern *allgemein nicht behebbar* ist. Das im Ergebnis zutreffende Urteil läßt sich nun sicherlich nicht auf den Unterschied zwischen subjektivem Unvermögen des Gläubigers und Unmöglichkeit aufbauen. Beuthien⁴¹⁸ hat gegen diese Begründung zu Recht den Einwand erhoben, der Begriff des Unvermögens sei eine zur Bewältigung von Zweckstörungsproblemen völlig untaugliche Kategorie, da man bei der Gläubigerstellung anders als bei der Position des Schuldners, der die Leistung auch durch Dritte erbringen dürfe, nicht von der Person des Gläubigers abstrahieren könne; denn die Bedürfnisse seien immer höchstpersönlich. Der BGH wollte wohl aber bei der Verwendung des Begriffes „Unvermögen“ im Gläubigerbereich gar nicht auf die Möglichkeit zur Befriedigung des gleichen,⁴¹⁹ sondern lediglich eines *vergleichbaren* Bedürfnisses abstellen.⁴²⁰ Modifiziert man in diesem Sinne den Begriff des Unvermögens, so wird hinter ihm das Veranlassungsprinzip sichtbar. Dem konkreten Gläubiger wird das Risiko, daß er mit einer ihm obliegenden Mitwirkungshandlung in Verzug gerät, zugerechnet, falls das die Störung auslösende Ereignis nur die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung, nicht aber die Deckung vergleichbaren Bedarfs⁴²¹ unmöglich gemacht hat. Hat die Störung aber ein so großes Ausmaß erlangt, daß sie die notwendigen Mitwirkungshandlungen *aller potentiellen* Kunden des Schuldners blockieren würde, liegt mit anderen Worten – in der Terminologie des BGH – ein Fall der Unmöglichkeit vor, so wäre der vom Schuldner getriebene Aufwand aller Wahrscheinlichkeit nach sinn- und wertlos geblieben, welchem der

⁴¹⁶ Vgl. *Schmidt-Rimpler*, Ehrenbergs Handbuch aaO, Bd. V, 1. Abt. 1. Lieferung, S. 199f; *Oertmann*, Arbeitsvertragsrecht, S. 170; *Titze*, JW 22, 551; weitere Nachw. bei *Jorns*, Betriebsrisiko aaO, S. 23, 140.

⁴¹⁷ BGHZ 24, 96; ebenso *Soergel-R. Schmidt*, BGB, § 297 Anm. 2.

⁴¹⁸ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 238, 240.

⁴¹⁹ Unrichtig daher der Ansatz bei *Kisch*, Unmöglichkeit, S. 80.

⁴²⁰ So wohl auch *Titze*, Unmöglichkeit und Ungewißheit, S. 24 ff.

⁴²¹ Die Kritik von *Ernan-Battes*, BGB, vor § 293 Anm. 9 und *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 20f stößt daher ins Leere.

Nachfrager auch immer der Schuldner seine Leistungskapazität versprochen hätte. Der Gläubiger hat demnach in einem Fall der „Unmöglichkeit“ die Gefahr, daß die schuldnerischen Investitionen nutzlos bleiben, nicht erhöht, obwohl sich die Störung zunächst in seiner Sphäre ausgewirkt hatte. Die vom BGH vertretene Restriktion der §§ 293 ff BGB mit Hilfe des Begriffspaares „Unvermögen-Unmöglichkeit“ beruht somit letztlich auf dem Veranlassungsprinzip.

III. Der Veranlassungsgedanke in schiffahrts- und versicherungsrechtlichen Normen

Ein Blick auf die bürgerlich-rechtlichen Nebengesetze zeigt, daß auch hier dem Veranlassungsprinzip Rechnung getragen wurde. Ein erstes Indiz liefern die see- und binnenschiffahrtsrechtlichen Annahmeverzugsregeln (§§ 573 ff, 597 ff HGB, 29, 30 ff, 48 BSchG). Gemäß § 29 BSchG, der sich inhaltlich weitgehend mit den §§ 573, 597 HGB, 48 BSchG deckt, ist das Schiff binnen bestimmter Frist zu laden. In die Ladezeit fallen auch diejenigen Tage, in denen der Nachfrager ohne Verschulden,⁴²² und sei es auch auf Grund höherer Gewalt,⁴²³ an der Lieferung der Ladung verhindert ist. Wird die Ladezeit, aus welchem Grunde auch immer, überzogen, so erwirbt der Schiffer für die Zeit der Überschreitung einen Anspruch auf pauschaliertes Liegegeld. Das Liegegeld spiegelt das Interesse des Schiffers an der Benutzbarkeit des Schiffes wider und ist an den Durchschnittsverdiensten im Schiffahrtsgewerbe orientiert.⁴²⁴ Dem Schiffer ist darüber hinaus, da das Liegegeld aufgrund seiner Pauschalierung weit unter den aktuellen Marktpreisen liegen kann, die Befugnis eingeräumt worden, vom Vertrag zurückzutreten und ein Drittel der bedungenen Vergütung als Entschädigung zu verlangen (§ 34 S. 1 BSchG). Bei Verzögerungen des Entladevorganges ist dem Schiffer mit einer Rücktrittsmöglichkeit wenig geholfen, weil er unter allen Umständen die Entladung abwarten muß. § 49 II BSchG, der dem § 602 HGB entspricht, erkennt daher dem Schiffer das Recht zu, vollen Schadensersatz zu verlangen.⁴²⁵

Der Gläubiger trägt demnach das Risiko, daß der Schuldner das Schiff länger bereithalten muß, als er geplant hat. Der Umfang der dem Gläubiger auferlegten Risikofolgen wird konsequent im Sinne des Veranlassungsprinzips am Wert der Aufwendungen und der Leistungskapazität bemessen, die erbracht bzw. bereitge-

⁴²² § 29 II 1 BSchG; ähnlich § 48 III 1 BSchG.

⁴²³ *Schaps-Abraham*, Das deutsche Seerecht, § 573 HGB Anm. 8; *Schlegelberger-Liesecke*, Seehandelsrecht, § 573 HGB, Anm. 6; *Prüßmann*, Seehandelsrecht, § 573 HGB Anm. 2 e; *Vortisch-Zschukke*, Binnenschiffahrtsgesetz, § 29 Anm. 5 c; *Wüstendörfer*, Neuzeitliches Seehandelsrecht, S. 239. Im Anschluß an Protokolle zum ADHGB aaO, S. 2084 werden die §§ 573, 597 HGB, 48 BSchG als Ausfluß der Sphärentheorie bezeichnet. Daß nicht die Sphärentheorie im Sinne der reinen „Auswirkungs“-Theorie maßgeblich ist, zeigen ihre Durchbrechungen in den §§ 573 II 1, 597 II 1 HGB, 29 II 2, 48 III 2 BSchG.

⁴²⁴ *Vortisch-Zschukke*, BSchG, § 32 Anm. 5 b.

⁴²⁵ Auf derselben Linie liegen die §§ 602, 604 III HGB.

halten werden müssen, wenn sich das Risiko verwirklicht. In § 32 I BSchG sind diese Zusatzaufwendungen wertmäßig pauschaliert, da sich in der dieser Vorschrift zugrunde liegenden Fallkonstellation der Schuldner zu seinem Vorteil vom Vertrag lösen kann; in den anderen Varianten des Gläubigerverzuges orientieren sie sich am Marktpreis (§ 49 II BSchG).

Bezeichnenderweise entfällt aber der Anspruch auf Liegegeld für die Tage, an denen die Schifffahrt geschlossen ist (§ 30 S. 2 BSchG). Der Gläubiger hat zwar das Risiko veranlaßt, daß das Schiff länger bereitgehalten werden muß. Dadurch wird vom Gläubiger aber nicht immer notwendig eine Erhöhung der Gefahr zusätzlichen Aufwandes veranlaßt. Sie fehlt beispielsweise hier, wo der Schuldner ohnehin auf eine anderweitige gewinnbringende Verwertung seiner Leistungskapazität verzichten müßte.⁴²⁶

Der Einfluß des Veranlassungsprinzips macht sich ferner in § 68 I VVG bemerkbar. Gemäß § 68 VVG hat der Versicherungsnehmer in Abweichung von § 306 BGB eine angemessene Geschäftsgebühr zu zahlen, falls das versicherte Interesse bei Beginn der Versicherung nicht besteht oder nicht zur Entstehung gelangt. Fällt es nach dem Versicherungsanfang fort, so gebührt dem Versicherer bis zu dem Zeitpunkt, in dem er Kenntnis von dem Wegfall erlangt, eine Prämie nach Kurztarif (§ 68 II VVG). Dieser Kurztarif ist regelmäßig höher als die anteilige Prämie, da der Versicherer nun die gesamten Kosten des Verwaltungsaufwandes auf einen kürzeren Zeitraum verteilen muß. Auch hier hat der Versicherungsnehmer also die vollen Kosten des Vertragsschlusses und der Verwaltung des Risikos zu tragen.⁴²⁷ Eine Ausnahme von dieser Regel gilt gemäß § 68 III VVG nur dort, wo das Interesse infolge eines Krieges erlischt.

Der § 68 II VVG von 1908 ging von dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie aus. Er ordnete an, daß der Versicherungsnehmer die Prämie auch dann für das laufende Versicherungsjahr zu entrichten habe, wenn das Interesse fortgefallen sei. Diese Form der Risikoverteilung wurde durch Verordnung vom 6. 4. 1943⁴²⁸ beseitigt, da man es als unbillig ansah,⁴²⁹ daß der Versicherungsnehmer sein Versprechen halten müsse, obwohl dem Versicherer die Leistung unmöglich geworden sei.⁴³⁰

Der Gedanke des „do ut des“ wurde aber keineswegs konsequent durchgeführt,

⁴²⁶ Begründung zum BSchG, Drucksache des Reichstages, 1894/95, Nr. 81 S. 66.

⁴²⁷ Amtliche Begründung der 2. Verordnung zur Ergänzung und Änderung des Gesetzes über den Versicherungsvertrag v. 6. 4. 1943, abgedruckt: DJ 1943, 268; Thees, DJ 43, 281.

⁴²⁸ RGBl. 1943 S. 179.

⁴²⁹ Amtliche Begründung (Fn. 427), DJ 1943, 268.

⁴³⁰ Es kann hier dahingestellt bleiben, was die vom Versicherer geschuldete Leistung ist. Erblickt man in der Versicherungsleistung eine bedingt versprochene Zahlung von Geld (so Schmidt-Rimpler, Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, S. 63; Larenz, SchR I, S. 167), so regelt § 68 VVG einen Fall der Sekundärzweckstörung. Von einer Primärzweckstörung muß man sprechen, wenn die Gefahrtragung die geschuldete Leistung ist (Bruck-Möller, VVG, § 1 Anm. 43 ff mit weit. Nachw; davon scheint auch die amtliche Begründung auszugehen) bzw., wenn man der von Eichler (Versicherungsrecht S. 29) begründeten Geschäftsbesorgungstheorie anhängt.

sondern zugunsten des Versicherers durchbrochen, den man damit vor Risiken und ihren Folgen schützte, die der Versicherungsnehmer veranlaßt hatte. Die amtliche Begründung zur genannten Verordnung führt dazu aus, daß die Übernahme des am Unmöglichkeitbegriff orientierten funktionellen Synallagmas nicht zu dem Schluß verleiten dürfe, daß dem Versicherer nur die anteilige bzw. gar keine Prämie gebühre. Dies wäre mit den berechtigten Belangen des Versicherers nicht vereinbar. Mit dem Abschluß der Versicherung seien nämlich zwangsläufig Unkosten verbunden, die dadurch ausgeglichen werden müßten, daß eine höhere Prämie als die anteilige Zeitprämie berechnet werde.⁴³¹ Um die Gefahren außerordentlicher Aufwendungen zu bannen, die entstehen können, wenn der Versicherte erst nach geraumer Zeit Rückforderungsansprüche stellt,⁴³² wurde der für die Abrechnung nach Kurztarif maßgebliche Zeitpunkt auf den Moment gelegt, in dem der Versicherer von dem Wegfall des versicherten Interesses Kenntnis erlangt.

Dem Versicherungsnehmer wird demnach trotz der Primärzweckstörung das Risiko – aus der Sicht der ursprünglich geplanten Versicherungsdauer – nutzlosen Aufwandes zugerechnet, weil und soweit er es veranlaßt hat. Kommt das versicherte Interesse erst gar nicht zur Entstehung, so hat der Versicherungsnehmer sinnlose Aufwendungen nur insoweit veranlaßt, als der Versicherer infolge des Vertragsschlusses für die Verwaltung des angeblichen Risikos Aufwendungen gemacht hat.⁴³³ Im übrigen hat der Versicherungsnehmer aber keinen Aufwand verursacht, der gerade infolge der arbeitsteiligen Ausgliederung der Gefahrtragung sinnlos geworden wäre. Weder ist durch den Vertragsschluß die Leistungskapazität des Versicherers auch nur partiell ausgeschöpft worden, da es zum Wesen der Versicherung gehört, daß das Angebot ohne Schwierigkeiten vermehrt werden kann,⁴³⁴ noch ist der in die Rückstellung geflossene Teil der Prämie wertlos geworden; denn der Versicherer ist in der Lage, die Rückstellungen ohne Verluste aufzulösen. Gleiches gilt auch für den Teil der Prämie, der auf die Zeit nach dem Erlöschen des Interesses entfällt. Der Versicherer darf daher lediglich die sinnlos investierten Verwaltungskosten auf den Versicherungsnehmer abwälzen, in dessen Interesse er tätig geworden ist.

Gegen diese Ableitung des § 68 I, II VVG aus dem Veranlassungsprinzip sollte man nicht den Einwand erheben, daß bei Interessenwegfall aus Anlaß eines Krieges § 68 III VVG dem Versicherer den Ersatz seiner Unkosten versagt. § 68 III VVG stellt das Veranlassungsprinzip nicht total in Frage, sondern schränkt es nur aus sozialpolitischen Erwägungen ein, die angesichts des zur Zeit des Erlasses der Verordnung herrschenden Kriegszustandes besonders nahelagen. Das kommt in der amtlichen Begründung deutlich zum Ausdruck. Noch unter Geltung des alten § 68 VVG waren die Versicherer dazu übergegangen, die Prämie anteilig

⁴³¹ Amtliche Begründung (Fn. 427), DJ 43, 269.

⁴³² Amtliche Begründung (Fn. 427), DJ 43, 269.

⁴³³ Zu diesen Aufwendungen gehören nicht nur die variablen Kosten, sondern auch die anteiligen fixen Kosten einschließlich des Gewinnes, soweit eine Fehlleitung der Leistungskapazität als möglich erscheint. Siehe auch S. 295 f, 311 f.

⁴³⁴ Gleiss-Pollems, in: Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, § 102 GWB, Anm. 3.

vom Tag des durch Kriegseignisse veranlaßten Interessenwegfalls an zu erstatten, wohl um den Versicherten nicht neben den Kriegsfolgen auch noch mit den vollen Vertragskosten zu belasten und dadurch einen sozialen Ausgleich⁴³⁵ zu erzielen. Möglicherweise geschah dies aber auch, weil Kurtarife noch nicht in allen Versicherungssparten aufgestellt waren. Der Gesetzgeber sah keinen Anlaß, „an dieser, dem Versicherungsnehmer günstigeren Regelung etwas zu ändern“.⁴³⁶

§ 4 Zusammenfassung

Die Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit, Absorption und Veranlassung stellen – wie sich gezeigt hat – im geltenden Recht keinen Fremdkörper dar. Vielmehr scheinen sie allenthalben in den gesetzlichen Regeln auf, die das um die Begriffe „Unmöglichkeit“ und „Verschulden“ kreisende System der Leistungsstörungen durchbrechen. Zugleich lieferte die Analyse zusätzliche Wertungsgesichtspunkte, die zur Konkretisierung der zentralen Zurechnungselemente „Beherrschbarkeit, Absorption, Veranlassung“ eingesetzt werden können. So wurde deutlich, daß bei *zukunftsbezogenen* Risiken die Elemente „abstrakte Beherrschbarkeit und Absorption“ die Belastung des Schuldners mit dem Risiko einer Schadensersatzpflicht auf das positive Interesse allein nicht zu tragen vermögen. Auf ihrer Basis lassen sich nur die Risiken einer Aufwandserhöhung zur Leistung „in natura“, die Preisgefahr sowie in beschränktem Umfang erhöhte Lagerkosten und sonstige Vorkhaltungskosten bei Annahmeverzug zuordnen.

Bei *gegenwartsbezogenen* Risiken führt hingegen die alleinige Beherrschbarkeit eines Risikos durch eine der Parteien zu einer Schadensersatzpflicht. Wo jedoch generell-typisch beide Parteien die Störung abwehren oder auffangen könnten, ist eine Schadensersatzpflicht ohne Rücksicht auf Unterschiede in der Effizienz der beiderseitigen Steuerungsmöglichkeiten ausgeschlossen. In derartigen Konstellationen wird die Partei, die über einen Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung verfügt, lediglich mit der Preisgefahr und der Gefahr erhöhten Leistungsaufwandes belastet, während der Ausfall des positiven Interesses von der davon betroffenen Partei hinzunehmen ist. Bei gleichwertigen Beherrschbarkeits- und Absorptionsmöglichkeiten beider Parteien trägt der Sach- bzw. Dienstleistungsgläubiger als „Veranlasser“ die Gefahr, da eine Risikozurechnung auf der Basis der Beherrschbarkeit oder Absorption ausscheidet.

Die gesetzliche Ausformung des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips liefert auch wichtige Kriterien zur Konkretisierung dieser Elemente. So kommt es für die Frage der Beherrschbarkeit und Absorption wesentlich darauf an, in wessen Organisationsbereich die für das Urteil über die Wahrscheinlichkeit der Störung und das Ausmaß der Störungsfolgen relevanten Daten liegen. Dabei hat man zwischen Sphäre des Sach- bzw. Dienstleistungsschuldners, der neutralen Sphäre und

⁴³⁵ Zwischen den kriegsgeschädigten und den nicht-kriegsgeschädigten Versicherungsnehmern; denn der Aufwand muß aus dem Gewinn des Versicherers gedeckt werden.

⁴³⁶ Amtliche Begründung (Fn. 427), DJ 43, 268.

dem Machtbereich des Gläubigers zu unterscheiden. Der Sphäre einer Vertragspartei ist der Bereich Dritter hinzuzurechnen, soweit die betroffene Partei normalerweise gegen den Dritten Rückgriff nehmen kann.

Gehören die für die Beurteilung des Risikos relevanten Faktoren ganz oder zu wesentlichen Teilen zu den Interna einer Partei, so ist dieser Vertragspartner grundsätzlich allein in der Lage, das Risiko zu beherrschen oder angemessen aufzufangen. Gleiches gilt für in der Vergangenheit liegende Daten, die nur eine Partei zu rekonstruieren vermag.

In aller Regel werden zwar beide Teile das Risiko im abstrakten Sinne steuern bzw. auffangen können; eine der Vertragsparteien wird normalerweise dazu aber besser in der Lage sein. Indizien für einen solchen Vorsprung sind, daß wesentliche Störungsfaktoren dem Organisationsbereich einer Partei entspringen, den diese Partei gestaltet hat und einfacher auf Anzeichen für Störungen hin überwachen kann. Bei der Veräußerung und Bearbeitung von Sachen spielt es im Hinblick auf Mängel der Objekte eine entscheidende Rolle, wer diese ausgewählt hat.

Soweit die Gefahren aus der neutralen Sphäre stammen, ist es maßgeblich, in wessen Bereich sich die Störung zuerst auswirkt. Das Gesetz geht nämlich davon aus, daß diejenige Partei, bei der sich eine Störung zuerst bemerkbar machen würde, normalerweise den für die Risikokalkulation relevanten Umständen die größere Aufmerksamkeit schenken wird, sie schneller und mit geringerem Aufwand erkennen und etwaige Abwehrmaßnahmen einfacher in die Tat umsetzen kann. Von besonderer Bedeutung sind hierbei die spezialisierten Kenntnisse und Fähigkeiten des jeweiligen Vertragspartners. Sie dürfen allerdings nur berücksichtigt werden, falls sich der Vertragspartner mit diesen Fähigkeiten in den Austauschprozeß einschalten ließ. Bindende Anweisungen des einen Teils führen immer zu einer Risikobelastung des Anweisenden und zu einem Verlust des nach allgemeinen Regeln zu bejahenden Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprungs des Vertragspartners.

Für das Urteil über die Existenz eines Absorptionsvorsprungs kommt es wesentlich darauf an, inwieweit Gefahren langfristig zusammengefaßt und auf der Basis einer Durchschnittskalkulation gestreut werden können. Je einfacher und zuverlässiger dies eine Partei zu bewerkstelligen in der Lage ist, je billiger ihr Versicherungsmöglichkeiten offen stehen, desto eher muß man ihr einen Absorptionsvorsprung zurechnen. Dabei ist aber immer zu beachten, daß eine Externalisierung von Gefahren, die aus der individuellen Lage der konkreten Partei resultieren und von potentiell dem Vertragspartner zu Vertragspartner verschieden sind, vermieden wird. Ein soziales Schutzbedürfnis kann freilich dazu führen, daß Externalisierungen in stärkerem Umfang hingenommen werden müssen.

Die Beherrschbarkeit bzw. Absorbierbarkeit endet bei der höheren Gewalt, – also bei „von außen“ aus der neutralen Sphäre kommenden Störungen, die für den konkreten Austausch nicht typisch, sondern unvorhersehbar sind. Soweit Risiken den internen Verhältnissen der einen Partei entspringen, sind auch typische Störungen für die andere Partei unbeherrschbar und nicht sachgerecht aufzufangen. Bei derartigen Störungen sowie bei Risiken, die von beiden Parteien gleich gut gesteuert

bzw. gestreut werden können, greift das Veranlassungsprinzip ein. Es rechtfertigt die Belastung des Gläubigers mit der Preisgefahr bzw. dem Risiko erhöhten Aufwandes nur dort, wo sich feststellen läßt, daß der Schuldner aufgrund des Vertragschlusses höhere Aufwendungen machen muß oder daß die schuldnerischen Aufwendungen sowie mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch die Bindung seiner Leistungskapazität gerade deshalb nutzlos werden, weil der Schuldner sie zur Deckung des Bedarfs des Gläubigers eingesetzt hat.

Viertes Kapitel

Die Verteilung des Aufwandserhöhungs-, Schadensersatz- und Zweckstörungsrisikos bei Austauschverträgen mit Ausnahme der Arbeitsverhältnisse

Die Untersuchung einer Reihe von Vorschriften, die das Risiko planungswidrigen Aufwandes und das Zweckstörungsrisiko abweichend von den §§ 275, 279, 323 BGB zuordnen, hat gezeigt, daß sowohl die Elemente der abstrakten Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit als auch der Gedanke der arbeitsteiligen Veranlassung eine anerkannte und bedeutsame Rolle in dem auf Austauschverträge zugeschnittenen Risikoverteilungssystem spielen. Diese Erkenntnis gilt es für die Korrektur der ursprünglichen Konzeption des Gesetzes, derzufolge der Schuldner grundsätzlich Leistungerschwerungsrisiken bis zur Grenze der Unmöglichkeit der Leistung zu tragen hat und von diesem Punkt an des Gegenleistungsanspruchs verlustig gehen soll, ebenso fruchtbar zu machen wie für die Einschränkung der Regel, daß der Gläubiger das Verwendungsrisiko auf sich zu nehmen hat.

Die Korrekturbedürftigkeit der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption ist allgemein anerkannt; sie braucht nicht weiter diskutiert zu werden. Die bisherigen Korrekturvorschläge vernachlässigen jedoch zum Teil die Bedürfnisse der Rechts- und Verkehrssicherheit, weil sie recht unbestimmte Formeln verwenden und letztlich auf eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung ausweichen. Andere setzen Risikoverteilungselemente ein, deren Sachgerechtigkeit fragwürdig oder deren Tragweite zu eng bzw. viel zu weit ist.

Demgegenüber erlaubt eine Ordnung des Systems verschuldensunabhängiger Risikoverteilung in Austauschverträgen, die sich auf die Elemente „abstrakte Beherrschbarkeit“, „Absorption“ und „Veranlassung“ stützt, die Zahl der relevanten Zurechnungsgesichtspunkte stark zu beschränken. Sie verwendet darüber hinaus Elemente, deren Bedeutung für die Risikoverteilung anerkannt ist und die überdies tendenziell das mit dem Schutz des Wettbewerbsprinzips gesetzlich anerkannte Ziel verwirklichen, wirtschaftliche Güter zur Bedarfsdeckung optimal einzusetzen. Damit soll nicht gesagt werden, daß das Risiko allein anhand der Elemente abstrakte Beherrschbarkeit, Absorption und Veranlassung zu verteilen ist. Diese Elemente stehen lediglich im Mittelpunkt des Systems, – und auch das nur, soweit die Austauschverhältnisse nicht durch den arbeitsrechtlichen Schutzzweck geprägt sind. Neben sie treten weitere Elemente wie die Kongruenz von Nutzen und Interesse, die Priorität der Beharrungs- vor den Veränderungsinteressen oder aus wirtschaftslenkenden Gesetzen ableitbare Zwecke.¹ Ferner ist der Gedanke der Vertragstreue

¹ Die folgenden Ausführungen gehen davon aus, daß für die Risikoverteilung ausschließlich zivilrechtliche Normen eine Rolle spielen. Wird die Fehlplanung durch wirtschaftslenkende Maßnahmen hoheitlicher Gewalt ausgelöst, so kann sich aus den ihnen zugrunde liegenden Normen eine abweichende Risikoverteilung ergeben. Zutreffend P. Ulmer, AcP 174 (1974), S. 194 ff.

zu nennen, der dort eingreift, wo die „Umkehrung“ des Veranlassungsprinzips die Vertragsbindung auszuhöhlen droht. Auch sozialpolitische Erwägungen greifen bei bestimmten Vertragstypen ein, sofern sie dort gesetzlich anerkannt sind.

Die Risikoverteilung im Einzelfall hängt vom *Zusammenspiel* dieser Elemente ab. Im Einklang mit dem Ziel einer optimalen Allokation der Ressourcen liegt das Schwergewicht bei der abstrakten Beherrschbarkeit und der Absorption. Es ist also immer zuerst zu prüfen, welche der Parteien einen Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung besitzt. Ist auf der einen Seite ein Beherrschbarkeitsvorsprung zu konstatieren und beim Vertragspartner ein Absorptionsvorsprung, so hängt die Risikozurechnung davon ab, welche der Parteien den größeren „Vorsprung“ besitzt.² Der Veranlassungsgedanke gibt grundsätzlich den Ausschlag, wenn anhand des Beherrschungs- und Absorptionsprinzips nicht entschieden werden kann, wem das Risiko zuzuweisen ist. Diese Situation tritt ein, falls das Risiko entweder überhaupt nicht beherrschbar bzw. absorbierbar ist oder beide Parteien über gleichwertige Beherrschungs- bzw. Absorptionsmöglichkeiten verfügen. Die zusätzlichen Risikoverteilungselemente dienen teils als Gegengewicht gegen den Veranlassungsgedanken, der in seiner „positiven“ als auch „negativen“ Variante der Begrenzung bedarf. Der sozialpolitische Schutzgedanke kann die Bedeutung der Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten einer Partei verstärken. Der topos der Kongruenz von Nutzen und Risiko greift schließlich dort ein, wo die zentralen Gedanken der Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteiligen Veranlassung eine Lücke offenlassen und eine Bindung an das Versprechen aus Gründen der Symmetrie in der Risikobelastung ungerechtfertigt erscheint.

Die zentralen Zurechnungselemente „Beherrschbarkeit“, „Absorption“ sowie „arbeitsteilige Veranlassung“ sind nicht so konkret, als daß aus ihnen unmittelbar Rechtsfolgen abgeleitet werden könnten. Sie müssen noch näher ausgeformt werden. Hierfür sind rechtsfortbildend „generell-typische“ Kriterien zu entwickeln, die einerseits den Wertgehalt dieser Prinzipien soweit wie möglich widerspiegeln, zum anderen aber den Anforderungen der Praktikabilität und Rechtssicherheit genügen. Zur Bewältigung dieser Aufgabe werden die Kriterien, die der Gesetzgeber in den im vorhergehenden Kapitel analysierten Vorschriften verwendet hat, wichtige Anhaltspunkte liefern.

Im folgenden soll nun gezeigt werden, wie die Aufwandserhöhungs- und Zweckstörungsrisiken zuzuordnen sind, wenn man Elemente der Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteiligen Veranlassung zur Korrektur der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption benutzt. Dabei soll kein umfassend neues System entwickelt werden. Der Nachweis, daß diese zentralen Prinzipien in Verbindung mit einigen anderen Elementen zu einer brauchbaren Entlastung des Schuldners bei Aufwandserhöhungsrisiken bzw. zu einer angemessenen, aber nicht zu großen Belastung des Gläubigers bei Zweckstörungen führen und zugleich den Anforderungen der Rechts- und Verkehrssicherheit besser als die bisherigen Lösungsansätze Rechnung

² Siehe oben S. 94 f und S. 188 ff.

tragen, erfolgt im wesentlichen anhand von Fällen, in denen Rechtsprechung und Literatur von dem durch die §§ 275, 279, 323 BGB vorgezeichneten System abgerückt sind.

Die nächsten Abschnitte beschäftigen sich zunächst mit der Verteilung des Aufwandserhöhungsrisikos sowie in den Konstellationen, in denen die Leistung nicht mehr „in natura“ erbracht werden kann, mit der Gefahr, das Erfüllungsinteresse in Geld ersetzen zu müssen. Daran schließt sich die Erörterung der Primär- und Sekundärzweckstörung an. Ein weiterer Abschnitt ist der Behandlung sonstiger Formen subjektiver Äquivalenzstörungen gewidmet, bei denen der Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanke nur eine untergeordnete Rolle spielt. Die Überlagerung dieser Risikozurechnungskriterien durch starke sozialpolitische Elemente soll in einem gesonderten Kapitel am Beispiel des Arbeitsvertrages behandelt werden.

§ 1 Das Risiko planungswidrigen Aufwandes infolge einer Fehleinschätzung der zukünftigen Entwicklung

Der planungswidrige Aufwand in dem hier behandelten Sinne ist dadurch gekennzeichnet, daß der Schuldner gezwungen ist, im Rahmen des Austauschverhältnisses Investitionen an sachlichen und personellen Mitteln zu tätigen,³ die er bei Vertragsschluß nicht eingeplant⁴ hatte.⁵ Dabei ist es gleichgültig, ob der planungs-

³ Gleichzustellen sind diejenigen Fälle, in denen dem Schuldner im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages ein unmittelbarer Verlust droht. Vgl. RGZ 81, 395 ff aus dem Bereich der Pachtverträge.

⁴ Ähnlich differenziert *Wollny*, Geschäftsgrundlage aaO, S. 44 ff, 57 f.

⁵ Nicht jede Verschiebung des subjektiven Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung zum Nachteil des Schuldners beruht mithin auf einem planungswidrigen Aufwand. Aus der Gruppe der Aufwandserhöhungs- und Schadensersatzrisiken scheiden vor allem die Fälle einer subjektiven Äquivalenzstörung aus, in denen der Schuldner dadurch einen Verlust erleidet, daß lediglich der Marktpreis für die von ihm versprochene Leistung steigt, ohne daß die Marktpreiserhöhung die Erhöhung finanziellen Aufwandes nach sich zieht. Mit dieser Konstellation ist beispielsweise bei Verpflichtungen zu Dienstleistungen zu rechnen, falls der Schuldner nach Vertragsschluß für seine Leistung höhere Preise auf dem Markt erzielen könnte, weil inzwischen seine Fähigkeiten berühmt geworden sind. Hierher ist auch der Verkauf eines dem Schuldner gehörenden Gegenstandes zu zählen, wenn sich die Nachfrage nach derartigen Objekten wesentlich verstärkt hat. In beiden Fällen vermag der Schuldner sein Versprechen mit den ursprünglich eingeplanten Mitteln zu erfüllen (vgl. RGZ 103, 334; RG, JW 21, 830 ff; im Ergebnis ebenso *Kegel*, Verhandlungen des 40. DJT, I, S. 198; *Larenz*, DB 52, 117). Ein planungswidriger Aufwand liegt demnach auch nicht in den berühmten Fällen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung (RGZ 112, 329; weit. Nachw. bei *Staudinger-Weber*, BGB, § 242 Anm. F 72) zum Aufwertungsgesetz vor, das die in der Inflationszeit getilgten Hypotheken samt den ihnen zugrunde liegenden Forderungen mit rückwirkender Kraft wieder aufleben ließ bzw. den Verkäufer mit aufgewerteten Hypotheken konfrontierte. Dies läßt sich an zwei Entscheidungen demonstrieren. Dem einen Urteil (RGZ 119, 133) lag der Verkauf eines lastenfreien Grundstückes zugrunde, dessen Hypotheken der Verkäufer mit durch die Inflation entwertetem Geld abgetragen hatte. Der Verkauf erfolgte nach dem Ende der Infla-

widrige Aufwand die Form einer Schadensersatzpflicht annimmt oder ob der Schuldner lediglich zur Erfüllung seines Versprechens „in natura“ größeren Aufwand treiben muß. Zur Kategorie des planungswidrigen Aufwandes gehören auch diejenigen Fälle, in denen der Schuldner einen unvorhergesehenen Verlust erleidet, weil ein Nebenleistungsanspruch wie der Anspruch auf Rückgabe des Mietobjektes ersatzlos untergeht.

Das Risiko planungswidrigen Aufwandes, insbesondere der Aufwandserhöhung, kann sowohl auf der unzulänglichen Kenntnis der bei Vertragsschluß bereits verifizierbaren Faktoren als auch auf einer fehlerhaften Prognose der zukünftigen Entwicklung beruhen. Da die wirtschaftliche Bedeutung der in der Zukunft liegenden Leistungerschwerungen größer ist und für diese Erscheinungsform mehr Fallmaterial greifbar ist, soll im folgenden zuerst dargestellt werden, welche der Parteien die

tion. Als nach der Veräußerung das Aufwertungsgesetz in Kraft trat, sah sich der Verkäufer den wieder erstandenen persönlichen Forderungen in stabilem Geld gegenüber, die den Kaufpreis überstiegen. Zwar mußte hier der Schuldner zur Deckung der Hypothek mehr aufwenden, als er ursprünglich geplant hatte; es fehlt jedoch jeglicher ursächlicher Zusammenhang mit dem Kaufvertrag. Der Schuldner hätte nämlich die Belastung mit der aufgewerteten Forderung auch hinnehmen müssen, wenn er sich nicht zur Veräußerung des Grundstückes verpflichtet hätte.

Eher könnte man daran denken, in der Leitentscheidung zur Aufwertungsrechtsprechung (RGZ 112, 329) eine Leistungsschwerung zu bejahen. Dort hatte sich der Verkäufer in einem im Oktober 1922 abgeschlossenen Kaufvertrag verpflichtet, die auf dem Grundstück liegende Last zu beseitigen. Der Verkäufer wollte die Hypothek offensichtlich mit entwertetem Geld bezahlen. Bevor es zur Löschung kam, wurde die Hypothek jedoch aufgewertet, so daß der Verkäufer nunmehr bedeutend größere Vermögenswerte einsetzen mußte, als er anfänglich geplant hatte. War die Hypothek im Zeitpunkt der Aufwertung bereits fällig, so ist auch dieses Risiko nicht durch den Verkauf bedingt. Denn der Veräußerer hätte auch ohne einen Kaufvertrag unter allen Umständen die aufgewertete Forderung begleichen müssen, wenn er nicht die Zwangsvollstreckung in sein Grundstück hätte hinnehmen wollen. Von einer Leistungsschwerung könnte nur dann die Rede sein, falls sich der Verkäufer verpflichtet hatte, die Hypothek vorzeitig abzulösen. Diese Leistungsschwerung darf jedoch nicht einfach mit der Differenz zwischen dem Aufwand, der zur Löschung der inflationär entwerteten Hypothek eingeplant war und den nunmehr zur Beseitigung der aufgewerteten Hypothek erforderlichen Mitteln gleichgesetzt werden. Der Verkäufer hätte ja die aufgewertete Hypothekenforderung ohnehin bezahlen müssen. In wirtschaftlicher Betrachtungsweise verpflichtete er sich nur, sich des Vorteils einer längeren Kreditierung der hypothekarisch gesicherten Forderung zu begeben, eines Vorteils, der nach der Aufwertung mit höheren Vermögensopfern erkaufte werden mußte als ursprünglich geplant wurde.

Damit soll nicht geleugnet werden, daß auch in Fällen, in denen sich der Verkäufer wider Erwarten mit aufgewerteten oder gar mit wiederaufgelebten Hypothekenforderungen konfrontiert sah, von einer subjektiven Äquivalenzstörung und u.U. sogar einem objektiven Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung (RGZ 112, 333; 119, 136) gesprochen werden konnte. Dieses Mißverhältnis beruht indessen nicht auf irgendeiner Leistungsschwerung. Die Äquivalenzstörung entsprang in diesen Fällen vielmehr der damaligen galoppierenden Entwertung des Kaufpreises, die dem Käufer keine Chance ließ, das Entgelt wieder in annähernd gleichwertige Sachwerte umzusetzen, bzw. dem mit dem Ende der Inflation einsetzenden totalen Verfall der Grundstückspreise. Es geht hier also um reine Inflations- bzw. Deflationserscheinungen, die in dieser Untersuchung ausgeklammert bleiben sollen.

Gefahr zu tragen hat, daß die Leistung aufgrund nicht vorhergesehener Umstände einen Mehraufwand erfordert. Die §§ 275, 279 BGB weisen – mittelbar – dem Schuldner das Risiko der Leistungerschwerung bis zur Grenze des Unvermögens bzw. der objektiven Unmöglichkeit zu, auch wenn ihn kein Schuldvorwurf trifft. Die Belastung mit diesem Risiko ist jedoch nur insoweit angemessen, als der Schuldner das Risiko zu beherrschen bzw. zu absorbieren in der Lage ist und hierin im Vergleich zum Gläubiger einen Vorsprung besitzt. Das Versprechen der Leistung allein genügt demnach nicht, um dem Schuldner sämtliche Leistungerschwerungsrisiken anzulasten. Im folgenden soll zunächst am Beispiel des Kauf- und Werklieferungsvertrages die Grundstruktur eines Systems dargelegt werden, anhand dessen die Gefahren materieller Leistungerschwerungen zuzuordnen sind. Die dort entwickelten Kriterien sind dann auf die Verteilung des Risikos planungswidrigen Aufwandes bei Miet- und Werkverträgen sowie bei Darlehen und Verträgen über die Bestellung von Sicherheiten zu übertragen, soweit nicht Wertungen, die für diese Vertragstypen charakteristisch sind, entgegenstehen.

I. Die Grundstrukturen der Verteilung des Leistungerschwerungsrisikos am Beispiel des Kauf- und Werklieferungsvertrages

1. Die Zurechnung des Risikos an den Schuldner im Falle der Erhöhung des zur Erfüllung „in natura“ erforderlichen Aufwandes

In der Regel kann der Schuldner die mit der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtung verbundenen Risiken erhöhten Vermögensaufwandes besser als sein Vertragspartner beherrschen oder zumindest absorbieren.⁶

aa) Der Organisation des Schuldners entspringende Störungen

Der Schuldner vermag am zuverlässigsten die *Qualität seiner Organisation* zu beurteilen, die er selbst aufgebaut hat und die er ständig kontrollieren konnte. Er allein kann dafür sorgen, daß die optimalen Vorkehrungen zur Gewährleistung eines reibungslosen Produktionsprozesses,⁷ einer sicheren Verwahrung des Kaufobjektes getroffen werden. Er darf sich deshalb beispielsweise ebensowenig darauf berufen, daß sein Lager infolge fehlerhaft installierter elektrischer Anlagen abgebrannt ist, obwohl der Mangel bei verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht zu entdecken war, wie er vorbringen darf, daß er zur Erledigung der Bestellung neue Maschinen anschaffen muß, weil die alten vorzeitig untauglich wurden.

bb) Störungen durch Marktänderungen

Gleiches gilt für die Entwicklung auf den *Märkten*, auf denen sich der Schuldner eindecken muß, um die geschuldete Leistung zu erbringen. Bei Werklieferungsverträgen wird der Gläubiger überhaupt nicht wissen, welche Materialien in welcher

⁶ Vgl. *Flume*, AT, S. 509.

⁷ Vgl. BGH, NJW 74, 1323.

Menge zur Herstellung des Leistungsobjektes benötigt werden. Selbst wenn er bei Gattungskäufen die Art der Güter kennt, die sich der Schuldner beschaffen muß, so ist er normalerweise doch nicht so gut wie der Schuldner imstande, die Verhältnisse auf den vorgelagerten Märkten zu überblicken. Der Gläubiger hat ja nicht umsonst den Schuldner eingeschaltet, um sich die von ihm benötigten Güter zu besorgen,⁸ und ist dafür auch bereit, ein Entgelt zu entrichten, das die Vergütung auf den vorgelagerten Märkten übersteigt. Die typische Handels- bzw. Gewinnspanne signalisiert deutlich, daß sich der Gläubiger auf die besonderen Beziehungen und Fähigkeiten seines Vertragspartners verlassen will und muß. Der Schuldner ist mithin kraft *typischer Sachnähe*, die in der Regel aus seiner beruflichen Spezialisierung resultiert, bedeutend besser in der Lage, die Marktbedingungen zu beurteilen. Selbst wenn im Einzelfall die Quelle der Störung wie kriegerische Auseinandersetzungen oder steuerliche Gesetzgebung von beiden Parteien gleich gut vorhergesehen werden kann, so vermag doch der Schuldner die Konsequenzen für die Preisentwicklung auf den Beschaffungsmärkten exakter zu prognostizieren.⁹ Er besitzt eine intimere Kenntnis der Faktoren, die dort eine Rolle spielen. Dieser typische Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners wird auch grundsätzlich nicht dadurch in Frage gestellt, daß sich der Käufer mit seinem Lieferanten eingehend über die Situation auf den Beschaffungsmärkten unterhalten hat.¹⁰ Dem Marktrisiko kann der Schuldner, wenn ihm das rentabel erscheint, durch Deckungsverträge mit zuverlässigen Lieferanten¹¹ oder durch ausgedehnte Lagerhaltung¹² entgehen. Daneben stehen ihm Absorptionsmöglichkeiten, wie der Abschluß von Termingeschäften¹³ oder von Verträgen, offen, durch die sich bestimmte Risikofaktoren gegenseitig aufheben. Wo dies nicht möglich oder rentabel ist, ist es Sache des Schuldners, angemessene Rückstellungen für den Fall zu bilden,¹⁴ daß sich die Bedingungen auf den Märkten von der Planung bis zur Vertragserfüllung verschieben.

cc) Von außen unmittelbar einwirkende Störungen, insbesondere in Form hoheitlicher Maßnahmen

Der typische Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Verkäufers bzw. Unternehmers ist auch im Hinblick auf Störungen zu konstatieren, die *unmittelbar*

⁸ Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 98.

⁹ Vgl. LG Mainz, NJW 71, 51f.

¹⁰ Siehe S. 24.

¹¹ RGZ 107, 158.

¹² BGH, NJW 72, 1703; RGZ 88, 177.

¹³ Vgl. Mertens-Rehbinder, Kaufrecht aaO, Art. 74 EKG, Anm. 24.

¹⁴ Das verkürzt Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 250 (ähnlich ders., Festschrift Nipperdey [1965], Bd. I, S. 805), wenn er ausführt, normale konjunkturelle Schwankungen der Preise und des Beschaffungsaufwandes des Schuldners gingen nach den spezifischen Funktionen des Handels zu Lasten des Schuldners, dem auch die Vorteile der entgegengesetzten Umstände zugute kämen. – Damit unterstellt Wieacker, daß sich die Vor- und Nachteile schwankender Preise auch dann ausgleichen, wenn der Schuldner auf der Grundlage stabiler Verhältnisse kalkuliert. Diese Annahme erscheint nur dann als richtig, wenn man die Vor- und Nachteile eines extrem

„von außen“ auf die Organisation des Schuldners einwirken oder dem Schuldner unmittelbar bestimmte Lasten auferlegen. Hier ist beispielsweise an hoheitliche Maßnahmen, wie Steuern oder Auflagen aus Gründen des Umweltschutzes, die die Produktion verteuern, zu denken. Derartige Gefahren mögen zwar oft ihrer Art nach von beiden Parteien gleich gut vorhergesehen werden können. Die berufliche Spezialisierung des Schuldners verschafft ihm aber in der Regel einen Informationsvorsprung. Vor allem aber wird der Schuldner die Auswirkungen besser übersehen können, die diese Störungen in seiner Sphäre zeitigen werden und eventuell Gegenmaßnahmen mit den verhältnismäßig geringsten Kosten einleiten können. Die Sachnähe beeinflusst auch hier deutlich die Beherrschbarkeit und langfristige Absorbierbarkeit des Risikos.

Auf der Grenze liegen freilich hoheitliche Maßnahmen, die wie beispielsweise Verkehrssteuern theoretisch nach Art und Ausmaß von beiden Parteien gleich gut vorhergesehen werden können. Auch hier hat man jedoch einen Absorptionsvorsprung kraft Sachnähe zu bejahen; denn das Risiko der Steuererhöhung wirkt sich zuerst in dem Bereich des Schuldners aus. Der Schuldner wird üblicherweise Entwicklungen, die unmittelbar seine Sphäre tangieren, mehr Aufmerksamkeit schenken als der Gläubiger, den sie nur mittelbar durch Überwälzung des Risikos treffen können. Von daher erscheint es als angebracht, derjenigen Partei die Absorptionslast aufzuerlegen, bei der sich die potentielle Störung schneller, d.h. über eine geringere Zahl von Zwischengliedern bemerkbar macht. Auf diese Weise läßt sich anhand des „Auswirkungs“-Kriteriums eine praktikable Trennungslinie zwischen dem typischen Beherrschbarkeits- sowie Absorptionsvorsprung des Schuldners und des Gläubigers ziehen.¹⁵

Da der Großteil aller, die Leistungsplanung des Verkäufers bzw. des Unternehmers bedrohenden Risiken aus der Sphäre des Schuldners stammen oder, falls sie dem neutralen Bereich entspringen, sich in ihr zuerst auswirken und darüber hinaus auch durchaus vorhersehbar sind, ist die gesetzliche Entscheidung, den Schuldner unabhängig von Sorgfaltsverstößen mit der Gefahr einer Leistungerschwerung zu belasten, grundsätzlich gerechtfertigt.

dd) Überprüfung der Zurechnungskriterien anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Dem BGH ist daher im Ergebnis voll beizupflichten, wenn er dem Verkäufer im „Erbsen“-Fall¹⁶ das Leistungerschwerungsrisiko auferlegt hat. Der Verkäufer wollte Miedерwaren nach Polen liefern und sollte dafür im Wege eines Kompensationsgeschäftes polnische Erbsen abnehmen. Er verkaufte 400 Tonnen Erbsen an einen deutschen Importeur. Einen Monat später teilte er dem Käufer mit, daß sich das Kompensationsgeschäft zerschlagen habe und daß er daher keine Erbsen liefern

langen Zeitraumes gegeneinander aufwiegt. Das schließt aber nicht aus, daß der Schuldner mittelfristig mit untragbaren Belastungen konfrontiert werden kann.

¹⁵ Hier liegt der richtige Kern der „Auswirkungs“-Theorie. Dazu S. 62 ff.

¹⁶ BGH, NJW 72, 1702.

könne. Der Käufer mußte sich unmittelbar in Polen eindecken. Der BGH begründete seine Entscheidung damit, der Umstand, daß der Verkäufer über die verkaufte Ware nicht verfügen konnte, sei in dessen Geschäftskreis und Risikobereich gelegen. Die Beschaffung der Erbsen sei auch nicht so schwierig geworden, daß sie ihm nicht mehr zuzumuten sei. Der Verkäufer habe es im übrigen in der Hand gehabt, sich dadurch zu schützen, daß er einen Kaufvertrag erst dann abschließt, wenn er die Ware erhalten hat oder daß er den Kaufvertrag von der Bedingung des rechtzeitigen Erhalts der Ware abhängig macht. Wenn der Verkäufer das nicht tue, obwohl er wisse, daß das Kompensationsgeschäft noch nicht perfekt sei, so habe er das Risiko übernommen, daß das Kompensationsgeschäft nicht zustande komme.

Die vom BGH herangezogenen Gründe sind unvollständig. Sieht man einmal von der Behauptung ab, die Störung falle in den Geschäfts- und Risikobereich des Verkäufers und löse keine unzumutbaren Erschwerungen aus, so wird nur¹⁷ gesagt, der Verkäufer habe es in der Hand gehabt, sich durch vorherige Eindeckung oder eine entsprechende Vertragsklausel vor erhöhten Kosten zu schützen, die bei einem Scheitern des Kompensationsgeschäfts drohten. Damit wird nur dargelegt, daß der Verkäufer das Risiko zu steuern vermag.¹⁸ Es stellt sich aber die Frage, ob ihm die Steuerbarkeit des Risikos vom Standpunkt der „abstrakten“ Beherrschbarkeit zugerechnet werden darf. Das Urteil enthält keine Ausführungen über die Ursachen, aus denen sich die Verhandlungen um das Kompensationsgeschäft zerschlagen haben. Geht man davon aus, daß das Geschäft Erbsen gegen Miederwaren noch nicht zustandegekommen war, weil sich die maßgeblichen polnischen Stellen noch nicht über ihren Bedarf an Miederwaren, die Relationen, in denen Leistung und Gegenleistung stehen sollten, klar geworden waren, so lag das Scheitern des Geschäftes durchaus im Rahmen des Vorhersehbaren.^{18a} Der Verkäufer konnte deshalb das Risiko einer Leistungserschwerung infolge der Notwendigkeit anderweitiger Eindeckung kalkulieren und bei der Preisgestaltung berücksichtigen. Auf dieser Basis konnte er sich entscheiden, ob die durch die Verzögerung des Abschlusses mit dem Käufer entstehenden Verluste größer als das kalkulierte Risiko bzw. die Kosten etwaiger Vorsorgemaßnahmen sein würden. Ob die Entscheidung des Verkäufers letztlich richtig war, ist aus der Sicht der abstrakten Beherrschbarkeit unerheblich. Die Zurechnung des Risikos an den Verkäufer rechtfertigt allein die Tatsache, daß

¹⁷ Man könnte auch behaupten, der Verkäufer, der eine Ware verkaufe, bevor er ein Deckungsgeschäft abgeschlossen habe, handle besonders risikoreich. Dagegen spricht aber der Umstand, daß derartige Geschäfte im Großhandel sowie im Export-Import durchaus üblich sind. Daraus kann man schließen, daß sie nicht als außerordentlich riskant empfunden werden. Vgl. RGZ 93, 18.

¹⁸ Zweifelhaft ist es freilich, ob man die Fähigkeit, das Risiko durch Vertrag auf den Vertragspartner zu verlagern, als Beherrschungsmöglichkeit ansehen kann. (So wohl *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 67). Dagegen spricht die Tatsache, daß beide Parteien im Rahmen der Vereinbarung Risiken abschieben können und es letztlich, wenn nicht andere Faktoren wie Kalkulierbarkeit des Risikos eine Rolle spielen, eine Machtfrage darstellt, welche der Parteien das Risiko auf sich nehmen muß.

^{18a} So wohl auch *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 28.

dieser die Möglichkeit eines Scheiterns des Kompensationsgeschäfts – besser als der Käufer – prognostizieren konnte und es ihm offenstand, ob er sich mit der Kalkulation einer Risikoprämie zufriedengeben oder Vorkehrungen treffen wollte, durch die die Notwendigkeit späterer Eindeckung ohne gleichzeitigen Absatz seiner Miederwaren entfallen wären.

Auf der gleichen Linie liegt der „Gersten“-Fall.^{18b} Im Dezember 1914 hatte der Verkäufer schlesische Gerste, lieferbar Ende 1914 und Januar 1915, veräußert, aber nur zum kleinen Teil geliefert. Der Verkäufer trug vor, wegen der niedrigen Höchstpreise, die für Gerste durch eine Mitte Dezember ergangene Verordnung erlassen worden waren, hätten die Landwirte, bei denen er sich eingedeckt habe, keine Gerste mehr abgegeben. Das RG führte hierzu treffend aus, zur Zeit des Vertragsschlusses sei Deutschland von aller ausländischen Zufuhr von Gerste abgeschnitten und auf die heimische Erzeugung angewiesen gewesen. Infolge der Knappheit der Lebensmittel, insbesondere aller Getreidearten, sei mit behördlichen Maßnahmen, vor allem mit amtlichen Höchstpreisen zu rechnen gewesen. Wer unter solchen Verhältnissen in unsicherer Kriegszeit derartige Waren verkaufe, müsse sie in seinem Besitz haben. Verlasse er sich auf Deckungsverträge mit Dritten, von denen er nicht bestimmt wisse, ob sie im Besitz der Ware, zur Lieferung imstande und völlig verlässlich seien, so dürfe er sich nicht auf Leistungsstörungen berufen. Es sei nur billig, daß in einem solchen Fall nicht der Käufer, der auf den Vertrag vertraut habe, sondern der Verkäufer den Schaden zu tragen habe.

Das RG stellt hier zu Recht die Tatsache in den Vordergrund, daß die die Leistungserschwerung auslösende Verordnung vorhersehbar war. Nun könnte man zwar behaupten, daß diese Störungsursache für beide Parteien gleich gut vorhersehbar war. Aufgrund seiner Marktnähe dürfte aber der Verkäufer besser die Gefahr von Höchstpreisverordnungen, die die Geschäftspolitik auf den Märkten beeinflussen, auf denen er sich eindecken muß, erkennen können, da er diesem Bereich mehr Aufmerksamkeit schenkt. Ob im konkreten Fall der Verkäufer insoweit tatsächlich über einen Informationsvorsprung verfügte, ist irrelevant, weil im Rahmen des Elementes der abstrakten Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit der Begriff des Informationsvorsprungs nach „generell-typischen“ Kriterien zu interpretieren ist. Nur so kann dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Praktikabilität Rechnung getragen werden. Zugleich wird dadurch auch sichergestellt, daß die Parteien nicht während der Vertragsverhandlungen ihre Informationsmöglichkeiten vergleichen müssen, sondern daß von vornherein nach generell-typischen Merkmalen feststeht, wer von beiden Vertragspartnern das Risiko einzukalkulieren und zu versuchen hat, es optimal zu steuern bzw. aufzufangen.

Der „generell-typische“ Informationsvorsprung des Verkäufers wird noch deutlicher, wenn man die potentiellen Auswirkungen der Gefahrenquelle „Höchstpreisverordnung“ betrachtet. Der Verkäufer hatte die Deckungsverträge abgeschlossen. Nur er wußte, für wie zuverlässig seine Lieferanten einzuschätzen waren. Er konnte

^{18b} RGZ 93, 17f.

von daher auch allein beurteilen, ob es angesichts der drohenden Verknappung von Braugerste rentabel war, auf sofortiger Lieferung und eigenverantwortlicher Lagerung zu bestehen oder sicherheitshalber durch Deckungsverträge eine Reserve zu bilden. Schließlich ist mit dem RG im Rahmen des Elements der abstrakten Beherrschbarkeit auch zu berücksichtigen,¹⁹ daß die Landwirte, bei denen sich der Verkäufer eingedeckt hatte, vertragsbrüchig geworden sind. Das Ziel einer optimalen Prävention von Schäden erfordert, daß der wirtschaftliche Druck der Risikobelastung soweit wie möglich bis zu der Stelle reicht, die die potentielle Störung ausschalten kann. Dies sind hier die Landwirte, die ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht nachkommen. Der wirtschaftliche Druck kann auf sie ausschließlich über die Person des Verkäufers, nicht aber unmittelbar ausgeübt werden. Der Verkäufer muß sich das Verhalten seines Lieferanten deshalb zumindest insoweit zurechnen lassen, als der Lieferant die Folgen der Nichterfüllung des Vertrags zu tragen hat, die Folgen also auf ihn abgewälzt werden können. Auf diese Weise wird gewährleistet, daß der Lieferant sein Verhalten nicht nur an dem potentiellen Schaden, den sein Vertragspartner erleidet, sondern auch – in begrenztem Umfang – an den Verlusten Dritter orientiert. Ihm wird dadurch kein unkalkulierbares Risiko auferlegt, weil er damit rechnen kann und muß, daß der Käufer die Ware noch vor Empfang weiterveräußern wird, daß sich also die Schäden kumulieren können.

Im „Kartoffel“-Fall²⁰ hat das RG dem Verkäufer auch die Gefahr einer *unabwendbaren* Störung auferlegt. Der Verkäufer veräußerte Ende Oktober 1914 Kartoffeln, lieferbar im November 1914. Die Lieferung unterblieb, weil der Transport im Herbst 1914 zuerst wegen Waggonmangels und dann infolge Frostes unmöglich geworden war. Die Kartoffeln wurden „eingemietet“. Dies brachte erhebliche Kosten mit sich, weil wegen des Krieges Arbeitslöhne und Strohpreise stark gestiegen waren. Die eingemieteten Kartoffeln verdarben zu einem Drittel. Das RG stellte darauf ab, daß Fäulnis und Schwund an Kartoffeln, die zur Überwinterung eingelagert werden, regelmäßig auftreten. Andere Umstände, wie die Erhöhung der Kosten der Einlagerung, der Frost sowie der Waggonmangel, seien vorhersehbar gewesen, da der Vertrag erst im Laufe des Krieges geschlossen worden sei. Eine Entlastung des Verkäufers sei nur bei außergewöhnlichen, nicht aber bei voraussehbaren Störungen zu rechtfertigen.

Dem ist voll zuzustimmen. Da es zur Aufgabe des Verkäufers gehörte, den Transport zu organisieren, war es auch – im Sinne einer Verhinderung unökonomischer Doppelarbeit – allein dessen Sache, exakte Informationen über die Entwicklung auf dem Transportsektor einzuholen und aufgrund dieser Informationen die Gefahr einer Leistungsverzögerung zu beurteilen. Der Verkäufer vermochte auch kraft Sachnähe die Kosten einer Einlagerung besser als der Käufer vorherzusehen. Darüber hinaus war er in der Lage, die Gefahr von Schwund und Fäulnis genauer zu

¹⁹ Zugleich begründet natürlich die Rückgriffsmöglichkeit einen Absorptionsvorteil des Verkäufers im Verhältnis zu seinem Kunden.

²⁰ RG, WarnR 1918 Nr. 86.

beurteilen sowie den Aufwand, der zum erneuten Ankauf des untergegangenen Vorrats notwendig werden würde, besser zu bewerten. Der Verkäufer konnte somit das Risiko der Leistungserschwerung sowohl nach Wahrscheinlichkeit als auch nach Ausmaß besser kalkulieren und ihm durch entsprechende Risikoprämien Rechnung tragen. Auch hier hat daher das RG zu Recht dem Verkäufer das Risiko zugewiesen.

2. Grenzen der Zurechnung aufgrund mangelnder Beherrschbarkeit bzw. Absorbierbarkeit des Risikos

a) Die Bedeutung der „Vorhersehbarkeit“ für die Begrenzung der Risikozurechnung

Die Zurechnung des Leistungserschwerungsrisikos sollte jedoch bei Störungen, die sich zunächst in dem Organisationsbereich des Verkäufers bzw. Produzenten bemerkbar machen, *grundsätzlich dort enden*, wo der Schuldner außerstande ist, die Störung im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit abzuwehren oder ihre wirtschaftlichen Folgen zu absorbieren. Diese Grenze ist *regelmäßig* dann erreicht, wenn die Störungsursache aus der neutralen Sphäre stammt und bei Vertragsschluß *unvorhersehbar* war;²¹ denn nur bei vorhersehbaren Störungen vermag der Schuldner das Verhältnis zwischen der Größe der Gefahr und den Schutzmaßnahmen zu optimieren und eine ausreichende Risikoprämie für den Fall einzukalkulieren, daß die Abwehr der Störung objektiv unmöglich oder unwirtschaftlich ist.

aa) Das Kriterium „Vorhersehbarkeit“

Das Kriterium der Vorhersehbarkeit spielte auch im Rahmen der *bisherigen Versuche* einer Korrektur der §§ 275, 279 BGB wie der Opfergrenzentheorie oder der Geschäftsgrundlagen-Figur eine wesentliche²² Rolle.²³ Allerdings fehlen eingehender begründete Konkretisierungsversuche.²⁴ Im allgemeinen wird nur betont, daß die Leistungserschwerung nicht vorhersehbar sein dürfe.²⁵ Verschiedentlich wird dies mit einem Hinweis auf die Gepflogenheiten des Verkehrs ergänzt: Vorhersehbar sei das, was ein verständiger Kaufmann in seine Berechnung einstelle.²⁶

²¹ Die „Unvorhersehbarkeit“ ist natürlich irrelevant, wenn nach dem Willen der Parteien der Vertrag erfüllt werden soll, auch wenn sich die Verhältnisse ganz unerwartet verändern sollten. (Vgl. RGZ 99, 116; ebenso RGZ 92, 89; 93, 343; 94, 47). Derartige Vereinbarungen mit Garantiecharakter werden jedoch sehr selten sein. Vgl. P. Ulmer, AcP 174 (1974), 187.

²² Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 181; Larenz, GG, S. 89, 108; Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 245; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 272 ff.; P. Ulmer, AcP 174, 185 ff. m. w. Nachw.

²³ Vgl. aber BGHZ 2, 188; weitere Nachw. bei Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 410.

²⁴ P. Ulmer, AcP 174 (1974), 189.

²⁵ Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 410; Palandt-Heinrichs, BGB, § 242 Anm. 6 C d; Fikentscher, GG, S. 71, 113.

²⁶ RG, WarnR 1919 Nr. 153; Krückmann, AcP 116, 347 „Vorhersehbarkeit nach der Auffassung des Verkehrs“; v. Caemmerer, NJW 56, 569 „Der Verkehr erfordert nur ein bestimmtes Maß an Vorsicht und Umsicht“; enger wohl Kegel, Verhandlungen des 40. DJT, Bd. I, S. 203 „Vorhersehbar heißt, daß für einen vernünftigen Menschen in der Lage des Betroffenen Anlaß

Man findet aber auch die Grenzen der Vorhersehbarkeit weiter gezogen. Das RG²⁷ stellt in einer Entscheidung auf einen „vorsichtigen Kaufmann“ ab und Flume²⁸ fordert gar, daß der Eintritt der Leistungerschwerung „außer aller Erfahrung und aller Voraussicht“ liege.

Im Sinne des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens heißt *Vorhersehbarkeit* nun sicherlich *nicht*, daß die Fehlplanung in dem Sinne vorausgesehen werden mußte, daß eine bestimmte Entwicklung auf der Basis statistisch gewonnener oder subjektiver Urteile am wahrscheinlichsten ist.²⁹ Die Schuldner mögen zwar in der Praxis ihre Entscheidungen an der von ihnen für am wahrscheinlichsten gehaltenen Datenkonstellation orientieren.³⁰ Dies bedeutet aber nicht, daß sie das Risiko außer acht lassen werden, daß gleichwohl die minder wahrscheinliche Entwicklung eintritt.³¹ Vielmehr werden sie normalerweise, bevor sie sich für eine bestimmte Handlungsalternative entscheiden, die mit ihr verbundenen Chancen und drohenden Verluste abwägen,³² schon um durch entsprechende risikopolitische Maßnahmen die Folgen einer eventuellen Fehlplanung langfristig auf das geringste Maß zu reduzieren. Im Ergebnis werden sie sich dann vielfach über die Gefahr eines Verlustes hinwegsetzen, weil sie glauben, daß die Wahrscheinlichkeit eines Verlustes relativ gering ist oder die Risikobereitschaft groß ist.³³ Die Entwicklung des die Risikozurechnung begrenzenden Vorhersehbarkeitskriteriums hat an der Erkenntnis anzusetzen, daß nur der Schuldner, dem die Möglichkeit einer bestimmten zukünftigen Entwicklung zu Bewußtsein gelangt ist, fähig ist, dem daraus resultierenden Risiko durch entsprechende risikopolitische Maßnahmen, sei es der Gefahrenabwehr, sei es durch einen ausreichenden finanziellen Ausgleich, Rechnung zu tragen.

Dies hat das RG im „Zinn“-Fall³⁴ übersehen, als es den Verkäufer ohne Rücksicht auf dessen Verschulden haften ließ. Der Verkäufer hatte Mitte Juli 1914 5000 Kilogramm Zinn, zu liefern in fünf Raten zu je 1000 Kilogramm in den Monaten August bis Dezember, zum Preis von 301–309.– Mark pro Kilogramm veräußert. Im August und September lieferte er programmgemäß. Weitere Lieferungen verweigerte er, weil die Preise Mitte Oktober infolge der Sperre der Zufuhrwege bis auf 650.– Mark gestiegen seien.

bestand, den Vertragsschluß zu unterlassen oder eine Sicherung in den Vertrag aufzunehmen“. Damit gerät *Kegel* in die Nähe des Übernahmeverschuldens. Vgl. ferner BGH, MDR 70, 120.

²⁷ RG, Recht 1923 Nr. 1122.

²⁸ Flume, AT, S. 509; ähnlich Heinsheimer, DJZ 1920, 670; Krückmann, LZ 1918, 970; weitergehend RG, JW 21, 235 „plötzliche Umgestaltung der Verhältnisse“ und RG, WarnR 1920, Nr. 67 „schlechterdings nicht vorauszusehen“.

²⁹ In diesem Sinne verwendet der BGH (WM 64, 1254) den Begriff der Vorhersehbarkeit, wenn er darauf abstellt, ob Lohnerhöhungen bestimmten Ausmaßes bei Vertragsschluß erwartet wurden. (Ebenso wohl LG Mainz, NJW 71, 52). Zugleich betont er aber auch, daß es auf diese Form der Vorausschbarkeit nicht ankomme.

³⁰ Gutenberg, Unternehmensführung, Organisation und Entscheidung, S. 84.

³¹ Philipp, Risiko und Risikopolitik, S. 61; Gutenberg, Unternehmensführung aaO, S. 85.

³² Vgl. Fikentscher, GG, S. 27.

³³ Vgl. hierzu Philipp, Risiko aaO, S. 62 ff.

³⁴ RGZ 88, 172 ff.

Das RG führte hierzu aus, daß die Lehre von der Befreiung des Schuldners wegen Unerschwinglichkeit im Handelsverkehr unannehmbar sei, weil es Sache des Verkäufers sei, sich rechtzeitig einzudecken. Habe der Verkäufer Vorräte eingelagert, so könne er ohne besondere Opfer liefern. Er werde daher auch durch das ungeheuerste Steigen der Preise nicht befreit; ebensowenig werde er frei, falls er sich alsbald nach Ausbruch des Krieges besonnener – und gewissenhafterweise mit erheblichem, aber nicht unerschwinglichem Verlust eingedeckt hätte. Wenn er aber stattdessen die Gefahr des Marktes gelaufen sei, so dürfe er nicht anders behandelt werden. Zwar sei es das Recht des Kaufmanns, Waren zu verkaufen, die er nicht besitze, und auf ein Fallen der Preise zu spekulieren. Er dürfe diese Spekulation auch bei ungünstiger Konjunktur fortsetzen, ohne daß allein darin eine Fahrlässigkeit läge. Er müsse aber auch die Gefahr tragen, daß die Preise in unvorhersehbarer Weise steigen.

Das RG verkennt das Wesen der „Baisse-Spekulation“ im Großhandel bei kurzfristig abzuwickelnden Verträgen. Baisse-Spekulation heißt hier nur, daß der Verkäufer ein Fallen der Preise für wahrscheinlicher als ein Steigen der Preise hält. Daraus folgt aber keineswegs, daß er ein Steigen der Preise für gänzlich unwahrscheinlich erachten muß. Er wird sich vielmehr immer bewußt sein, daß Preiserhöhungen durchaus im Bereich des Wahrscheinlichen liegen. Wie hoch nun das Risiko einer Preissteigerung zu bewerten ist, hängt davon ab, inwieweit anzunehmen ist, daß sich die für die Preisbildung relevanten Faktoren wie Nachfrageintensität, Produktion, Zufuhr entgegen der Prognose zu Ungunsten des Verkäufers verschieben können. Klettern die Preise infolge von Ereignissen, die bei Vertragsschluß nicht vorhergesehen werden konnten, so zeigt sich, daß das Risiko zu niedrig eingeschätzt wurde; denn das Ausmaß des Risikos ist das Produkt der Wahrscheinlichkeit einer Störung und des potentiellen Nachteils. Die Wahrscheinlichkeit einer Störung ist ihrerseits wiederum durch die Zahl der möglicherweise wirksam werdenden Störungsfaktoren bedingt. Soweit sich die Störung im *Bereich des Vorhersehbaren* bewegt, kann man von dem Verkäufer, der an sich ein Fallen der Preise für wahrscheinlicher hält, erwarten, daß er ausreichende Risikoprämien einkalkuliert, die er zur Absorption etwaiger Verluste einsetzen kann, oder daß er sich durch Deckungskäufe absichert. Insoweit ist dem RG zuzustimmen, wenn es postuliert, derjenige Verkäufer, der auf ein Fallen der Preise spekuliert, müsse auch die Folgen einer Preissteigerung auf sich nehmen.

Die Situation ändert sich jedoch, wenn die Preise infolge von Ereignissen wesentlich steigen, die nicht *vorhergesehen werden konnten*. Diese Ereignisse, die bei der Kalkulation des Risikos nicht berücksichtigt werden mußten und normalerweise auch nicht berücksichtigt wurden, zeigen, daß das Ausmaß des Risikos zu niedrig bewertet wurde. Für den Verkäufer bestand daher nicht nur kein Anlaß, Deckungskäufe abzuschließen oder gar die Ware unter erheblichen Kosten zu lagern, sondern er hat auch die Risikoprämie für die Absorption des Risikos zu niedrig bemessen. Weil er diese *Risikoerhöhung* im Unterschied zu den üblichen Risiken einer Preiserhöhung bei Baisse-Spekulation weder zu beherrschen noch ausreichend zu absor-

bieren vermag, ist er von diesem Risiko zu entlasten, selbst wenn sich die Preissteigerung im üblichen Rahmen hält.

Dagegen kann man nicht einwenden, der Verkäufer sei ja nicht gehindert gewesen, sich sofort einzudecken; er sei nicht gezwungen gewesen, auf Baisse zu spekulieren; außerdem werde der Verkäufer gegenüber seinen Konkurrenten, die ein großes Lager unterhalten, bevorzugt. Die Baisse-Spekulation erfüllt nämlich eine wichtige wirtschaftliche Funktion,³⁵ weil sie im Rahmen der vorhersehbaren Risiken Preisschwankungen ausgleicht. Sie läßt auch den Käufer infolge des Konkurrenzdruckes in gewissem Umfang an der Möglichkeit partizipieren, daß der Preis auf den vorgelegerten Märkten sinken wird, – eine Entwicklung, die der Veräußerer besser zu beurteilen imstande ist. Das erhellt folgendes Beispiel. Müßte sich der Verkäufer zu den Preisen eindecken, die im Moment des Vertragsschlusses bei sofortiger Lieferung gelten, so müßte er zumindest diese Preise vom Käufer verlangen, um keine Verluste zu erleiden, auch wenn es recht wahrscheinlich ist, daß die Deckungspreise infolge einer Erhöhung der Produktion bis zum Zeitpunkt der vereinbarten Lieferung fallen werden. Der Verkäufer kann die Vorteile eines mit großer Wahrscheinlichkeit sinkenden Deckungspreises nur wahren und teilweise in Form niedrigerer Preise an den Käufer weitergeben, falls er die Deckung seines Bedarfes hinauschiebt. Das bringt zwar die Gefahr mit sich, daß die Preise nicht fallen, sondern steigen. Dieses Risiko kann im Bereich der Vorhersehbarkeit durch entsprechende Risikoprämien^{35a} aufgefangen werden. Jenseits dieses Bereiches darf dem Verkäufer aber nicht das Risiko von Preissteigerungen zugerechnet werden, wenn er letztlich auch im Interesse des Käufers dafür sorgt, daß dem Käufer schon die bloße Chance sinkender Preise zugute kommt, obgleich dieser sich geraume Zeit vor Lieferung eindeckt. Ebenso unhaltbar ist das Argument, man benachteilige denjenigen Verkäufer, der ein größeres Lager unterhalte, da dieser sich nicht auf das unvorhersehbare Steigen der Preise berufen könne. Dabei wird nämlich übersehen, daß die eingelagerte Ware noch nicht einem bestimmten Käufer zugewiesen worden ist. Es besteht deshalb kein Hindernis, auch dem Verkäufer, der die Ware schon auf Lager hat, die Berufung auf die Preiserhöhung zu gestatten; denn so wenig der Verkäufer schlechthin das Argument ins Feld führen darf, er habe vor der Preiserhöhung eine Ware eingelagert, so wenig hat der Käufer Anspruch auf die bereits eingelagerte Ware. Dem Verkäufer steht es jederzeit frei, die Schuld mit Waren zu erfüllen, die er neu erwirbt. Tut er dies, so sieht er sich derselben Leistungerschwerung wie der Verkäufer ausgesetzt, der keine Ware vorrätig hat.³⁶

³⁵ Vgl. *Oberparlaitner*, Funktion und Risiken des Warenhandels, S. 25f, 166ff; *Hax*, Grundlagen des Versicherungswesens, S. 11f.

^{35a} Zumal durch die voraussehbaren Gewinne aus anderen Geschäften eine Konsolidierung der Risiken erzielt werden kann. *Hax*, Grundlagen des Versicherungswesens, S. 11.

³⁶ Dies gilt natürlich auch für nicht-vorratsbezogene Gattungsschulden mit subsidiärer Beschaffungspflicht, bei denen eine Lieferung aus dem Vorrat des Verkäufers zwar nicht bedungen ist, aber beide Parteien voraussetzen, daß der Verkäufer in erster Linie aus dem Vorrat liefert und sich subsidiär neu eindeckt (*Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey [1955], S. 265). Hier

Ob sich der Verkäufer im „Zinn“-Fall den Ausbruch des 1. Weltkrieges und die hierdurch verursachten Preissteigerungen zurechnen, ob er sich – ins allgemeine gewendet – das Risiko planungswidrigen Aufwandes anlasten lassen muß, wird wesentlich durch die Art der Konkretisierung des „Vorhersehbarkeitskriteriums“ beeinflusst.

Sicherlich kann es für die Frage der Risikozurechnung nicht darauf ankommen, ob der Schuldner die Möglichkeit einer konkreten Störung in seine Überlegungen mit einbezogen hatte und wie gut er gegebenenfalls den Grad ihrer Wahrscheinlichkeit prognostiziert hat. Vielmehr ist allein *maßgeblich*, ob er *ausreichenden Anlaß hatte*, derartige Prognosen aufzustellen.³⁷ Es bedarf demnach eines *normativen Maßstabes*, der den Kreis derjenigen hypothetischen Situationen umreißt, denen der Schuldner auf der Grundlage des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips Rechnung zu tragen hat.

Hier drängt sich in erster Linie ein Standard auf, der die Risikoerwägungen widerspiegelt, die in der Branche, der der Schuldner angehört, *üblicherweise* angestellt werden. Bei näherer Betrachtung erweist sich jedoch ein derartiger Standard als unbrauchbar.

Das zeigt sich vor allem bei der Bewertung der Risikointensität. Dort, wo der Grad der Wahrscheinlichkeit empirisch durch eine Messung der relativen, statistischen Häufigkeit ermittelt werden kann, wird der Schuldner den Grad der Wahrscheinlichkeit kaum jemals gravierend unterschätzen; denn diese meßbaren Risiken^{37a} werden in der Regel aus seinem Organisationsbereich stammen, den er mit angemessenem Aufwand ohne weiteres zu überblicken vermag. Die meisten Risiken sind jedoch nicht meßbar. Es existieren nur subjektive Urteile über die Wahrscheinlichkeit einer jeden für möglich gehaltenen Datenkonstellation. Die Ermittlung dieser Wahrscheinlichkeiten ist ein Vorgang, der stark an die Person des Schätzenden gebunden und somit wesentlich durch seine Erfahrung, sein Vorstellungs- und

könnte man meinen, daß Preissteigerungen auf dem Markt unerheblich seien, solange der Schuldner den Nachfrager aus dem Vorrat befriedigen kann. Dabei wird jedoch übersehen, daß der Schuldner die Befriedigung des Nachfragers auf zwei Wegen plant, die keineswegs einer strengen Rangfolge unterliegen. Der Schuldner wird keinen Moment zögern, den Vorrat einem dritten Nachfrager zu übereignen, wenn er glaubt, sich rechtzeitig neu eindecken zu können. Dagegen ist auch nichts einzuwenden; denn der Vorrat ist dem Nachfrager auch schuldrechtlich nicht zugewiesen. Deshalb darf sich der Schuldner auf Leistungserschwerungen berufen, die nur eine der Planungsvarianten betreffen, sofern sie nicht zurechenbar sind. Steigen etwa auf dem Markt die Preise ganz außergewöhnlich, so darf sich der Nachfrager nicht darauf berufen, daß der Schuldner aus dem Vorrat liefern könne und demnach nicht mehr aufwenden müsse als ursprünglich geplant; denn damit würde man dem Schuldner das Recht abschneiden, den Vorrat zu beliebigen Zwecken anders zu verwenden. Die Gattungsschuld mit subsidiärer Beschaffungspflicht ist mithin in jeglicher Weise sonstigen Gattungsschulden gleichzustellen.

³⁷ Vgl. BGH, WM 64, 1254 „sich bewußt war, ein großes Risiko durch Preis- und Lohnsteigerungen ... auf sich zu nehmen“. Vgl. ferner BGH, MDR 70, 120 zu § 20 ADSP; *Soergel-Siebert-Knopp*, § 242 Anm. 405; *Fikentscher*, GG, S. 43.

^{37a} Zum Begriff vgl. *Philipp*, Risiko aaO, S. 29.

Denkvermögen, aber auch durch seine seelische Verfassung beeinflusst ist.³⁸ Realisiert sich nun ein Risiko, so kann man dem Schuldner nicht erlauben, sich darauf zu berufen, daß in seinem Berufskreis das Risiko auch unterbewertet und dementsprechend zu geringe Risikoprämien einkalkuliert worden seien. Damit sähe man sich nämlich nicht nur mit dem Problem einer empirischen Ermittlung der verkehrsblichen Risikobewertung konfrontiert. Vor allem würde man von diesem Ansatz aus den Wettbewerbsdruck schwächen. Gerade subjektive Risikourteile kennzeichnen den Kreis echter Führungsentscheidungen.³⁹ Es stellt eine eigenständige unternehmerische Leistung dar, wie gut der Schuldner die Wahrscheinlichkeit einer bestimmten Entwicklung zu prognostizieren vermag. Man sollte daher weder den Wettbewerbsvorsprung⁴⁰ derjenigen konkurrierenden Anbieter schmälern, die aufgrund ihrer Fähigkeiten und psychischen Konstitution besonders gut in der Lage sind, die Wahrscheinlichkeit künftiger Datenkonstellationen vorherzusagen, noch diejenigen schützen, die im Einklang mit den meisten Branchenangehörigen das Risiko unterschätzen.⁴¹

Ein Schutz von Fehlplanungen ist daher regelmäßig erst dort *angebracht*, wo *weiteste Kreise der Branche*, der der Schuldner angehört, die Möglichkeit gewisser Entwicklungen *überhaupt nicht* berücksichtigen, weil sie ihnen nicht ins Bewußtsein dringt. Der Unterschied zwischen einer zu niedrigen Bewertung eines Risikos und dem Fall, daß ein bestimmtes Risiko gänzlich übersehen wird, ist zwar nur quantitativ. Der Umstand, daß eine Gefahr *gar nicht gesehen werden konnte*, sie daher auch nicht näher untersucht und gewichtet werden konnte, rechtfertigt aber eine unterschiedliche Behandlung beider Fallgruppen.

Daraus folgt freilich nicht, daß man sich im Hinblick auf die Vorhersehbarkeit einer Störung schlechthin an den verkehrsblichen Gepflogenheiten orientieren dürfte. Eine sachgerechte Konkretisierung des „Vorhersehbarkeits-Kriteriums“ kann vielmehr nur dann erreicht werden, wenn auch *normative* Elemente eingeführt werden, die die *Unterschiede in den Informationsmöglichkeiten* im Hinblick auf Umstände berücksichtigen, die einerseits im Bereich des Schuldners und andererseits in der neutralen Sphäre liegen. Ferner ist in einer *Interessenabwägung* festzustellen, welcher Informationsstand vom Schuldner als Ausgangspunkt für eine hinreichende Risikobewertung erwartet werden kann. Man wird sich also – wie auch im Rahmen des § 276 I 2 BGB⁴² – zwar an die normalen Standards anlehnen können.^{42 a}

³⁸ *Krelle*, Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften 1957, 636 f; *ders.*, Preistheorie, S. 91 ff, 609 ff. *Oberparlaitner*, Funktionen- und Risikenlehre des Warenhandels, S. 33; *Gutenberg*, Unternehmensführung aaO, S. 89.

³⁹ Vgl. *Philipp*, Risiko aaO, S. 31.

⁴⁰ Dazu gehört auch die Risikobereitschaft. (*Philipp*, Risiko aaO, S. 62 ff; *Krelle*, Preistheorie, S. 97). Diese persönliche Eigenschaft bringt der Schuldner in den Wettbewerbsprozeß ein.

⁴¹ Zu eng daher *Rothoef*, System aaO, S. 21, der den Risikogedanken mit dem Begriff des *dolus eventualis* verbindet.

⁴² Vgl. BGH, NJW 71, 1882.

^{42 a} Vgl. *Rosenthal*, JW 21, 833 gegen RG, JW 21, 833.

Man darf ihnen indessen nicht blindlings folgen, wenn es in den Verkehrskreisen, denen der Schuldner angehört, üblich ist, bestimmte Risikofaktoren zu vernachlässigen, die eine Gefahr signalisieren, die – sei es auch nur in groben Zügen – kalkulationsfähig und kalkulationswürdig ist. Exakte Kriterien können hierfür ebenso wenig wie bei der Konkretisierung des Elementes der Vorhersehbarkeit im Rahmen des Fahrlässigkeitsbegriffes genannt werden.⁴³ Sie müssen von der Rechtsprechung entwickelt werden. Im folgenden kann daher nur der Versuch unternommen werden, Richtlinien aufzuzeigen, an denen sich die Konkretisierung des Begriffes „Vorhersehbarkeit“ orientieren sollte.

bb) Die Bedeutung der „Vorhersehbarkeit“ bei Gefahren, die dem Organisationsbereich des Schuldners entspringen

In den Fällen, in denen die Störung dem *Organisationsbereich des Schuldners entspringt*, ist in der Regel die Vorhersehbarkeit zu bejahen. Der Schuldner gestaltet seine Sphäre; er vermag sie ständig zu kontrollieren und die von ihm herangezogenen Hilfsmittel zu verbessern. Man kann daher davon ausgehen, daß für den Schuldner ein Versagen seiner Leute und Einrichtungen immer überschaubar ist. Selbst wenn beispielsweise eine technisch ausgereifte Anlage eingesetzt wird, so daß ihr Ausfall recht unwahrscheinlich ist, liegt ihr Versagen im Bereich des Kalkulierbaren; denn Materialfehler und Materialermüdung, um nur einige Fehlerquellen zu nennen, sind nie gänzlich auszuschließen. Die im Organisationsbereich des Schuldners liegenden Störungsursachen sind nicht allzu zahlreich, da sie von Art und Umfang der vom Schuldner herangezogenen Hilfsmittel abhängen. Man kann daher vom Schuldner auch erwarten, daß er recht entfernten Störungsmöglichkeiten Rechnung trägt. Dies rechtfertigt im Interesse der Praktikabilität und der Risikoverteilung sogar eine gewisse Generalisierung, wie sie bei der Interpretation des Begriffes der „höheren Gewalt“⁴⁴ in Erscheinung tritt, unter den nur solche Störungen subsumiert werden, die aus der neutralen⁴⁵ Sphäre stammen.⁴⁶

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist allenfalls dort zu erwägen, wo sphären-eigene Störungen völlig unvorstellbar waren.⁴⁷ Dies ist nicht schon dann zu bejahen, wenn verhältnismäßig neue Werkstoffe oder Maschinen verwandt werden, bei denen nach Jahren Mängel auftauchen. Daß sich beim Einsatz von Material und Hilfsmitteln, die noch nicht langjährig erprobt worden sind, Entwicklungsmängel zeigen können, liegt durchaus im Bereich des Vorstellbaren. Angesichts des beschränkten Umfanges der Erfahrungssätze über physikalische und chemische Prozesse darf sich ein Schuldner nicht darauf verlassen, daß die bisher gesammelten Erkenntnisse zu-

⁴³ Vgl. *Deutsch*, Fahrlässigkeit aaO, S. 123 f.

⁴⁴ Siehe zum Begriff der „höheren Gewalt“ S. 124 f.

⁴⁵ „Neutral“ wird hier in dem Sinn verwandt, daß die Störung nicht aus der Sphäre des Zurechnungssubjektes herrührt.

⁴⁶ Ähnlicher Ansatz bei *P. Ulmer*, AcP 174 (1974), 185 f.

⁴⁷ Vgl. auch *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 244, der „jedermann unbekannte, später aufgedeckte Umstände“ ausklammert.

verlässige Prognosen über die Auswirkungen neuartiger technischer Methoden liefern und sich deshalb eingehendere Forschungen erübrigen. Die Grenze dürfte beispielsweise aber dort überschritten worden sein, wo die vom Schuldner planungsgemäß verwandten Hilfsmittel durch eine Veränderung der Umwelteinflüsse verdeckte Schäden erlitten haben und diese Auswirkungen noch nicht bekannt geworden sind. Die „Unvorstellbarkeit“ einer Störung kann man unter Umständen auch konstatieren, falls die Untauglichkeit des vom Produzenten eingesetzten Materials entdeckt wird,⁴⁸ nachdem es über sehr viele Jahre hinweg anstandslos verwandt worden war und in der Zwischenzeit keinerlei Indizien für seine Unbrauchbarkeit sichtbar geworden sind.

cc) Die Bedeutung der „Vorhersehbarkeit“ bei Gefahren, die „von außen“ kommen

Bei Störungen, die aus der *neutralen Sphäre* stammen, wird man deren Vorhersehbarkeit häufiger verneinen können, da dieser Gefahrenbereich wegen der Vielfalt des Störungspotentials bedeutend schlechter überblickt werden kann. Das heißt nicht, daß man den „Kreis der unvorhersehbaren Ereignisse“ sehr weit ziehen darf. Vom Schuldner kann man nämlich nicht nur die berufsspezifischen Erfahrungen im Hinblick auf die mit der Leistung verbundene Gefahr erwarten. Man darf ihm auch zumuten, daß er die für seine Verpflichtung relevanten Ereignisse verfolgt und alle Indizien sorgfältig registriert, die bestimmte Gefahrenquellen signalisieren.

Die Grenzen der „Vorhersehbarkeit“ sind daher bedeutend weiter auszudehnen, als dies im Zusammenhang des Problems der *Rückwirkung von Gesetzen* vertreten wird.⁴⁹ So wird man im Rahmen des Vertragsrechtes vom Schuldner erwarten können, daß er angesichts der ständig steigenden Einflußnahme des Staates auf die Wirtschaft⁵⁰ intensiv die Entwicklung auf der politischen Ebene verfolgt.⁵¹ Gleiches gilt für andere für die Risikobewertung wesentliche Faktoren. Der Großhändler hat beispielsweise die Produktionsverhältnisse seiner Lieferanten, die Verkehrsverhältnisse, aber auch Umstände, die die Intensität der Nachfrage betreffen, laufend zu beobachten.

Von dieser *Informationsbasis* aus ist über den Kreis potentieller Ereignisse zu entscheiden, die der Schuldner bei seiner Planung zu berücksichtigen hat. Hierbei

⁴⁸ Diesen Mangel darf man zu den Zukunftsfaktoren rechnen, da in der Regel die endgültige Entscheidung über die Art des zu verwendenden Materials erst nach Vertragsschluß fällt. Vgl. ferner S. 276.

⁴⁹ Die engere Fassung des „Vorhersehbarkeitsbegriffs“ im Verfassungsrecht hat nämlich weniger einen Schutz des Bürgers im Auge, den sie davor bewahren will, daß er sich bei Gesetzen mit Rückwirkung auf subjektiv-spekulative Erwägungen angewiesen sieht, was der Gesetzgeber unter den gegebenen politischen Verhältnissen beschließen werde. Zu derartigen Prognosen ist er auch bei Gesetzen gezwungen, die mit ex nunc-Wirkung in langfristige Verträge eingreifen. Vielmehr geht es im verfassungsrechtlichen Raum – wie *Friauf* (BB 72, 669 ff., bes. 677 f.) zutreffend herausgearbeitet hat, in erster Linie um die Beziehung zwischen Regierung und Parlament, also darum, wie weit die Exekutive mit Hilfe der Ankündigung rückwirkender Normen quasi normative Akte setzen darf.

⁵⁰ Vgl. P. Ulmer, AcP 174 (1974), 167 ff.

⁵¹ Vgl. P. Ulmer, AcP 174 (1974), 190.

hat man bei den „von außen“ kommenden Störungen vor allem zwischen den „üblichen“, den „ungewöhnlichen“ und den „ganz außergewöhnlichen“, d.h. „unwahrscheinlichen“ Gefahren zu unterscheiden.

Übliche Störungen des Leistungsprozesses, die nach den Erfahrungen des relevanten Berufskreises öfters auftreten, sind ohne weiteres als vorhersehbar zu qualifizieren. Sie vermag der Schuldner unschwer einzukalkulieren. Er ist daher auch in der Lage, über die Rentabilität etwaiger Schutzvorkehrungen zu entscheiden oder rechtzeitig Vorkehrungen für eine Absorption dieser Risiken zu treffen. Hierher gehören beispielsweise die üblichen Schwankungen des Preises auf den Märkten, auf denen sich der Händler eindecken muß, um seine Verpflichtungen zu erfüllen.

Die „Unvorhersehbarkeit“ einer Störung und mithin die Risikoentlastung beginnt grundsätzlich erst bei den *ungewöhnlichen* Störungen.

Der Umstand, daß eine Störung ungewöhnlich war, wird allerdings nur bei ganz *kurzfristig* abzuwickelnden Verträgen eine Befreiung vom Leistungserschwerungsrisiko rechtfertigen und scheidet auch dann aus, wenn gewisse Indizien auf gravierende Änderungen hinweisen,⁵² die in nächster Zeit erfolgen können. So ist ein Währungsverfall bei langfristiger Betrachtungsweise ebensowenig etwas Außergewöhnliches wie im Großhandel kriegerische Auseinandersetzungen, die die Zufuhr von Rohstoffen und anderen Gütern erschweren sowie die Preise in die Höhe treiben. Die Wahrscheinlichkeit, daß sich derartige Störungen kurzfristig – ohne irgendwelche konkreten Vorzeichen – realisieren, ist regelmäßig äußerst gering. Es wäre daher normalerweise viel zu aufwendig, sie in kalkulatorisch faßbare Daten umzusetzen. Es entspricht deshalb nur rationeller Denkweise, wenn derartige Eventualitäten bei alsbald abzuwickelnden Verträgen nicht ins Bewußtsein dringen.

In dem oben dargestellten „Zinn“-Fall⁵³ wird man beispielsweise bei einem Mitte Juli 1914 geschlossenen Kaufvertrag die „Vorhersehbarkeit“ des Kriegausbruches im August zumindest für die August- und Septemberrate verneinen müssen. Fraglich ist allerdings, ob der Krieg, der Lieferungen aus Holland und England unterband und hierdurch die Preise auf den Deckungsmärkten in die Höhe trieb, auch im Hinblick auf die Oktober-Dezemberrate unvorhersehbar war. Diese Frage kann heute natürlich nicht ohne eingehende historische Forschungen beantwortet werden. Transponiert man das Beispiel aber in die Gegenwart, so wird man einen Krieg, der in den nächsten fünf Monaten die Zufuhr von Zinn in die Bundesrepublik unterbricht, aus der Sicht von „Großhändlern“,⁵⁴ die Zinn vertreiben, ebenfalls als „unvorhersehbar“ qualifizieren müssen, da ein derartiges Ereignis mit Rücksicht auf den verhältnismäßig kurzen Abwicklungszeitraum außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt.⁵⁵ Derartige, an sich vorstellbare Störungen sind so weit entfernt, daß der

⁵² RG, JW 21, 235; RGZ 93, 18; RG, Recht 1923, 1122; OGHZ 4, 171.

⁵³ Siehe oben S. 218.

⁵⁴ Es ist nach den für einen Berufskreis typischen Erfahrungen zu differenzieren. Zutreffend *Rosenthal*, JW 21, 833 gegen RG, JW 21, 833.

⁵⁵ Das verkennt das RG (RGZ 95, 44), wenn es auf die Üblichkeit von Kriegsklauseln in Großhandelsverträgen hinweist und daraus folgert, daß mit Kriegen gerechnet werde. Es

Verkäufer sie weder einzukalkulieren braucht, noch dazu angehalten werden muß, die zu ihrer Ausschaltung notwendigen Abwehrmaßnahmen zu optimieren.

Das schließt eine Haftung wegen eines Sorgfaltverstößes bei der Beschaffungspolitik nicht aus. Der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens klingt in der „Zinn“-Entscheidung an, wenn das RG⁵⁶ die Parallele zu einem Verkäufer zieht, der sich „alsbald nach Ausbruch eines Krieges besonnener- und gewissenhafterweise mit erheblichem, aber nicht unerschwinglichem Verlust eingedeckt hat“ und gleichfalls nicht frei werde.⁵⁷ Nur muß im Unterschied zur Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit in einer Interessenabwägung geprüft werden, ob die Auswirkungen des unvorhersehbar ausgebrochenen Krieges auf den Leistungsprozeß mit *angemessenen* Kosten in Grenzen gehalten werden konnten. War der Verkäufer bei Ausbruch des Krieges in der Lage, sich noch zum „Friedenspreis“ einzudecken und mußte er lediglich auf die Chance späterer Preissenkungen verzichten, so wird man kaum umhin können, ihm den Vorwurf fahrlässigen Verhaltens zu machen; denn dieser „Aufwand“ steht in keinem Verhältnis zur Gefahr späterer Preissteigerungen, mit denen der Käufer konfrontiert wird, wenn er sich später selbst eindecken mußte. Es kann dem Verkäufer deshalb auch in gewissem Umfang ein Verlust zugemutet werden, wenn ein sofortiges Tätigwerden größere Verluste verhüten kann.

Die Wahrscheinlichkeit eines eine Leistungserschwerung auslösenden Ereignisses wird um so größer, je länger der Zeitraum ist, innerhalb dessen die Leistung erbracht werden soll. Das, was bei kurzfristig zu erfüllenden Verträgen, weil ungewöhnlich, noch außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag, kann bei Verträgen, die *sich über einen größeren Zeitraum erstrecken*, durchaus im Bereich des Möglichen liegen.⁵⁸ So sind kriegsrische Auseinandersetzungen, die auf den Deckungsmärkten den Preis in die Höhe treiben, in langfristiger Betrachtungsweise für einen Großhändler sicherlich nicht gänzlich unwahrscheinlich. Das heißt nicht, daß sich beispielsweise der Verkäufer, der einen langfristigen Vertrag eingeht, immer die Folgen kriegsrischer Auseinandersetzungen zurechnen lassen mußte. Auch hier können die Störungen nach berufs- und vertragsspezifischen Maßstäben *ganz unwahrscheinlich* sein oder doch *ungeahnte* Formen annehmen.⁵⁹

übersieht, daß derartige Klauseln gerade deshalb durch AGB in den Vertrag aufgenommen werden, weil bei Vertragsschluß häufig an eine Leistungserschwerung infolge eines Krieges nicht gedacht wird. Zutr. *Krückmann*, AcP 116, 346f.

⁵⁶ RGZ 88, 177.

⁵⁷ Vgl. ferner RGZ 95, 266f, das allerdings nicht berücksichtigt, daß das Risiko bei Vertragsschluß schon vorhersehbar war.

⁵⁸ Zutreffend BGH, NJW 76, 143, wenn er auf das in Preisabsprachen langfristiger Verträge typischerweise enthaltene Risikoelement hinweist. Vgl. auch *Mann*, NJW 74, 1299.

⁵⁹ In diesem Sinne hat das RG immer wieder hervorgehoben, daß auch bei während des ersten Weltkrieges geschlossenen Verträgen zwar mit einer längeren Kriegsdauer, aber nicht mit der später erfolgten Ausweitung des Krieges (RGZ 94, 48) und der aus ihr resultierenden völligen Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse (RGZ 93, 342f; 102, 100, 132; 106, 236; 107, 126; RG, WarnR 1919 Nr. 153; anders RG, JW 1917, 900) zu rechnen gewesen sei. Vgl. ferner *Endemann*, JW 21, 9.

Das läßt sich am „Radschlepper“-Fall⁶⁰ demonstrieren. Die Parteien schlossen im August 1916 einen Vertrag, in dem sich der Werklieferant zum Bau eines Radschleppers zum Preise von 574 000 Mark verpflichtete. Das Schiff sollte innerhalb von 22 Monaten nach Bestellung, jedoch nicht früher als 14 Monate nach dem Friedensschluß geliefert werden. Der Unternehmer hielt sich wegen der Beschlagnahme der Metalle und der Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse nach Vertragsschluß für berechtigt, sich vom Vertrag zu lösen. Das RG führte hierzu zutreffend aus, der Schuldner habe zwar in der Kriegszeit mit steigenden Preisen rechnen müssen. Dies reiche jedoch nur aus, um eine Erfüllungspflicht trotz Preissteigerungen zu bejahen, die auf einer längeren als der erwarteten Dauer des Krieges und vielleicht auch auf einem anderen als dem erhofften Ausgang beruhen. Die Leistung sei aber nicht nur durch diese Faktoren erschwert worden, sondern auch durch die Revolution im November 1918. Die hierdurch herbeigeführte völlige Veränderung der wirtschaftlichen Verhältnisse sei unvorhersehbar gewesen.

Genauso ist der „Kupferdraht“-Fall⁶¹ gelagert. Die Parteien hatten im Februar 1914 einen Kaufvertrag über 10 Tonnen Kupferdraht geschlossen, der auf Abruf zu liefern war. Als der Krieg ausbrach, war nur ein kleiner Teil geliefert. Im September und Oktober 1914 wurde der gesamte Kupferdrahtvorrat des Verkäufers beschlagnahmt. Die Parteien vereinbarten deshalb im Januar 1915, daß die Lieferung des Restes von 9,8 Tonnen bis zum Friedensschluß mit England hinausgeschoben werden sollte.

Das Berufungsgericht hielt den Verkäufer am Vertrag fest. Der Verkäufer habe mit einer längeren Dauer des Krieges gerechnet und mit einer daraus zu erwartenden Umwälzung der Verhältnisse rechnen müssen. Dem hält das RG entgegen, daß die Entwicklung des Krieges mit all seinen Folgen nicht zu ahnen gewesen sei.

Der Krieg habe sich nicht auf die zunächst beteiligten Staaten beschränkt, sondern habe sich auf eine Reihe anderer Staaten ausgedehnt und habe schließlich mit dem Eintritt der USA in den Krieg gegen Deutschland einen Umfang und eine Bedeutung erlangt, die weder in den ersten Monaten des Krieges noch im Jahre 1916 vorauszusehen war. Die dadurch begründete Veränderung der Verhältnisse treffe auch den Handel Deutschlands nach dem Kriege. Da sie nach Art und Umfang nicht vorauszusehen gewesen sei, müßten auch Verträge als hinfällig erachtet werden, die während des Krieges in einer Zeit geschlossen wurden, als jene völlige Umwälzung der für den Handel relevanten Umstände noch nicht im entferntesten zu befürchten gewesen sei.⁶² Das RG hat hier den Käufer zu Recht von der Leistungerschwerung befreit. Derartige Störungen kann der Verkäufer weder im Sinne der abstrakten Beherrschbarkeit steuern, noch vermag er Vorsorge für ihre Absorption zu treffen, es sei denn – was nicht der Fall war –, daß die auch gegen an sich unvorhersehbare Leistungerschwerungen üblicherweise eingesetzten Schutzvorkehrungen wie Ter-

⁶⁰ RGZ 98, 18 ff.

⁶¹ RGZ 94, 46 ff.

⁶² Ähnlich RGZ 93, 341 ff; vgl. ferner RGZ 106, 233 (236).

minverträge⁶³ oder gegenläufige Geschäfte ausgereicht hätten, um diesen ganz außergewöhnlichen Gefahren zu begegnen.

dd) Die „Unvorhersehbarkeit“ des Ausmaßes der Störung

Realisiert sich eine unvorhersehbare Störung, so ist es grundsätzlich unerheblich, ob die Störung *als solche* außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag oder aber das *Ausmaß* der Störungsfolgen aufgrund extraordinärer Umstände, die nicht der Sphäre des Schuldners angehören, eine ungeahnte Größenordnung erreicht hat. In Fällen, in denen die Datenkonstellation, die zu einer Leistungerschwerung führt, unvorhersehbar ist, ist mithin regelmäßig *das Ausmaß* der dadurch notwendig werdenden Aufwandserhöhung *nicht zu berücksichtigen*. Im Gegensatz zur Lehre von der schweren Äquivalenzstörung braucht also nicht festgestellt zu werden, ob die Erhöhung der für die Leistung erforderlichen Investitionen ihrem Umfang nach unzumutbar ist oder im Einzelfall besonders stark ins Gewicht fällt.

Auf diese Weise kann man zum einen verhindern, daß sich Leistungerschwerungen, die im Rahmen des Einzelvertrages verhältnismäßig gering sind, kumulieren⁶⁴ und dem Schuldner, der weder Abwehrvorkehrungen getroffen, noch hinreichende Rücklagen getätigt hat, erheblicher Schaden zugefügt wird. Darüber hinaus braucht man von diesem Ausgangspunkt aus auch nicht die Konsequenz in Kauf zu nehmen, daß der Käufer bzw. Besteller zwar akzeptieren muß, daß sein Lieferant wegen gravierender Leistungerschwerungen vom Vertrag abrückt, er selbst aber seinen Gläubigern gegenüber gebunden bleibt.^{64a}

Fixiert man beispielsweise die Preissteigerungsgrenze bei 100%, so würde ein Lieferant von Rohstoffen frei werden, wenn die Preise auf dem Beschaffungsmarkt um 120% steigen. Der Erwerber, der die Rohstoffe verarbeitet, müßte sich zu gestiegenen Preisen neu eindecken und seine Kunden zu den im Vertrauen auf das ursprüngliche Deckungsgeschäft vereinbarten Preisen beliefern, wenn die Rohstoffkosten bei ihm nur die Hälfte der Produktionskosten ausmachen, seine Gesamtkosten also nur um 60% gestiegen sind. Der Fabrikant hätte mithin den ganzen Schaden zu tragen, obwohl doch – wie Hueck⁶⁵ zu Recht hervorhebt – die Billigkeit dafür spricht, daß eher der Händler, der das Risiko der Leistungerschwerung gelaufen ist, als der Fabrikant, der sich durch ein Deckungsgeschäft gesichert hat, den Verlust tragen soll. Dieser Unbilligkeit entgeht man, wenn man ausschließlich auf die Unvorhersehbarkeit des Risikos abstellt. War eine bestimmte Datenkonstellation, die zu einer Preissteigerung auf dem Beschaffungsmarkt um 120% führt, für den Lieferanten unvorhersehbar, so ist sie erst recht für den Produzenten in seinem Verhältnis zu seinen Kunden unvorhersehbar. Das unvorhersehbare Risiko der Leistungerschwerung schlägt im Einklang mit dem Veranlassungsprinzip bis zum letz-

⁶³ Vgl. auch *Mertens-Rehbinder*, Kaufrecht aaO, Art. 74 EKG, Anm. 24.

⁶⁴ Vgl. RGZ 102, 274. – Das heißt nicht, daß die Kumulationswirkung für die Frage der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit eines Risikos relevant wäre.

^{64a} Vgl. *Teichmann*, Leistungsstörungen, aaO, S. 24.

⁶⁵ *Hueck*, DJZ 1916, 855 ff.

ten Nachfrager durch. Die gleiche Störung führt demnach zur Entlastung all derjenigen Schuldner, bei denen sie unmittelbar oder mittelbar Leistungserschwerungen auslöst. Der letzte Nachfrager, der nicht seinerseits Schuldner geworden ist, muß es mithin als „Veranlasser“ hinnehmen,^{65a} daß er seinen Bedarf nicht wie geplant decken kann, ohne daß ihm zugleich der Vorteil einer Entlastung vom Risiko der Leistungserschwerung zugute kommt.

Zum anderen wird durch die Eliminierung des Kriteriums der „Schwere“ die Rechtssicherheit gefördert. Die Konkretisierung des Elementes der „Schwere“ hat bislang immer zu mehr oder minder rohen Quantifizierungen geführt. So schlägt Kegel⁶⁶ eine Marge von 25% vor. Das BAG⁶⁷ will bei Kaufkraftverlusten jedenfalls eine Entwertung von 40% genügen lassen, während der BGH⁶⁸ bei einem langfristigen Mietvertrag einen Geldwertschwund von 66% nicht für ausreichend erachtete. Das OLG Rostock⁶⁹ weigerte sich, den Schuldner bei einer Erhöhung der Gesteungskosten um 70% aus dem Vertrag zu entlassen.⁷⁰ Bei Grundstückskäufen wurde von der Rechtsprechung hingegen eine Störungsquote von 12 bzw. 15% für erheblich erklärt.⁷¹ Wieacker⁷² schließlich hält in Anlehnung an die Tradition der *laesio enormis* eine Störung der Äquivalenz von über 50% für maßgeblich.⁷³

Die rohe Quantifizierung läßt sich nicht vermeiden, wenn man unvorhersehbare Störungen erst von einer gewissen „Schwere“ an als leistungsbefreiend anerkennen will. Das „Schwere“-Kriterium verweist nämlich seinerseits auf eine Interessen- und Güterabwägung,⁷⁴ in der eine genaue Gewichtung der widerstreitenden Interessen notwendig wird, – eine Gewichtung, für die alle quantitativ einigermaßen exakten Maßstäbe fehlen. So ist es denn auch nicht verwunderlich, daß die Rechtsprechung mit „gegriffenen Größen“ arbeitet, denen jede innere Überzeugungskraft fehlt. Aus diesem Dilemma führt auch nicht der Vorschlag Wieackers heraus, sich an die Tradition der *laesio enormis* anzulehnen; denn der Wuchertatbestand ist auf die Kluft zwischen vereinbartem und Marktpreis zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zugeschnitten, während es hier um die Behandlung von Störungen geht, die für beide Parteien unvorhersehbar waren.

Spricht man der „Schwere“ der Störung Entscheidungserheblichkeit zu, so kommt man somit nicht umhin, die Korrektur der §§ 275, 279 BGB letztlich doch wieder auf eine weitgespannte Interessenabwägung zu gründen und der Rechtspre-

^{65a} *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 24 argumentiert mit dem Gedanken des „näher dran“ und „dem Fehlen einer gesetzlichen Erlaubnis zur Schadensabwälzung.“

⁶⁶ *Kegel*, Verhandlungen des 40. DJT, I, S. 202.

⁶⁷ BAG, DB 73, 773.

⁶⁸ BGH, NJW 76, 142f.

⁶⁹ OLG Rostock, OLGZ 31, 180f.

⁷⁰ BGH, WM 69, 1021 „keine Risikoentlastung trotz Verdoppelung der Gesteungskosten“.

⁷¹ KG, NJW 58, 910; *Bolt*, NJW 61, 1859.

⁷² *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 251.

⁷³ Weitere Nachw. bei *Staudinger-Weber*, BGB, § 242 Anm. B 155f.

⁷⁴ *Lüderitz*, Studkomm z BGB, § 242 Anm. III 3bcc.

chung einen großen Spielraum einzuräumen, innerhalb dessen sie mit „gegriffenen Größen“ arbeiten kann. Das Ziel einer mehr Rechtssicherheit gewährleistenden Risikoverteilungsregelung geht damit verloren, da es für die Parteien kaum abschätzbar ist, von welchem Prozentsatz an die Gerichte der Störung das Signum hinreichender „Schwere“ zuerkennen werden. Es empfiehlt sich deshalb, auf das Kriterium der „Schwere“ ganz zu verzichten und ausschließlich auf die Vorhersehbarkeit der Störung abzustellen.

Hiergegen läßt sich auch nicht einwenden, dieser Lösungsansatz ignoriere die Bedeutung der *Vertragstreue*. Da unvorhersehbare Störungen unbeherrschbar und regelmäßig auch nicht absorbierbar sind, stehen sich das Versprechen auf der Seite des Schuldners und die Veranlassung des Risikos auf der Seite des Gläubigers gegenüber. Es muß nämlich beachtet werden, daß der Gläubiger auch unvorhersehbare Risiken veranlaßt hat; denn der Schuldner ist diese Risiken in dessen Interesse eingegangen und der Gläubiger hätte diese im Rahmen der Arbeitsteilung beim Schuldner anfallenden Erschwerungen auch selbst zu tragen gehabt, falls er sich selbst um die Deckung seines Bedarfes bemüht hätte. Eine Gewichtung des Wertes der Vertragstreue scheidet aus, wenn man nicht auf eine Interessenabwägung zurückgreifen will. Das Spannungsverhältnis zwischen Vertragstreue und Veranlassung von arbeitsteiligen Risiken ist deshalb zugunsten einer Risikoziuzuordnung aufzulösen, die größtmögliche Rechtssicherheit verspricht. Das ist eine Regelung, die sich grundsätzlich allein an der mangelnden Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit der Störung orientiert, es sei denn, daß in Anlehnung an § 459 I 2 BGB die Leistungserschwerung offensichtlich nicht ins Gewicht fällt. Schraubt man die Anforderungen an die „Vorhersehbarkeit“ einer Störung entsprechend hoch, so ist auch nicht zu besorgen, daß die Gerichte von Schuldnern überlaufen werden, die sich auf die angebliche Unvorhersehbarkeit bestimmter Risiken berufen. Auf diese Weise kann trotz eines Verzichtes auf das Kriterium der „Schwere“ sichergestellt werden, daß Verträge in einem Klima der Verlässlichkeit abgewickelt werden.

Die eine Risikoentlastung auslösende Leistungserschwerung kann nicht nur auf der Unvorhersehbarkeit der Faktoren beruhen, die einen erhöhten Aufwand notwendig machen, sondern auch allein auf der *Unvorhersehbarkeit des erforderlich werdenden Aufwandes*. Dabei ist an die Fälle gedacht, in denen die Störung als solche durchaus vorhersehbar ist. Die Störung macht jedoch Investitionen notwendig, die ganz ungewöhnlich sind oder gar außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegen. Diese Konstellation lag der berühmten „Baumwollsaatmehl“-Entscheidung zugrunde.⁷⁵ Dort hatte sich der Schuldner zur Lieferung von Baumwollsaatmehl der Marke „Eichenlaub“, das ausschließlich von ihm produziert wurde, verpflichtet. Die Fabrikationsanlagen samt allen Vorräten brannten ab. In der Nacht vor dem Brand war ein größerer Posten der Ware an andere Kunden verladen worden. Die Ware war also an sich noch greifbar. Das RG kam zu dem Ergebnis, daß die Leistung unmöglich geworden sei, weil vom Verkäufer nicht erwartet werden

⁷⁵ RGZ 57, 116.

könne, daß er sich die Ware auf allen Märkten des In- und Auslandes oder gar bei den Verbrauchern zu besorgen versucht. Hier liegt jedoch sicherlich nur eine einfache Aufwandserhöhung vor, da die Ware noch, wenn auch unter gesteigerten Anstrengungen, geliefert werden konnte.⁷⁶ Zu Recht hat aber das RG dem Schuldner diese Leistungerschwerung nicht zugerechnet. Zwar war die eine Risikoursache, der Brand, vorhersehbar und beherrschbar. Gleichwohl war die Gefahr nicht in ihrem *vollen Umfang* vorhersehbar; denn zu der Datenkonstellation, die für Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit der Leistungerschwerung von Bedeutung ist, gehört auch die Tatsache, daß die Ware kurz vorher an andere Händler abgesandt worden war, daß diese Händler sie wahrscheinlich bereits weiterverkauft hatten und daß es deshalb, um der Leistungspflicht zu genügen, notwendig wurde, sofort die Verbraucher zu ermitteln und ihnen die Ware abzukufen. Eine so außergewöhnliche Form der Leistungerschwerung wurde von dem Produzenten mit Sicherheit nicht vorausgesehen und brauchte auch nicht vorhergesehen zu werden.

Wenn also das RG den Unmöglichkeitsebegriff im Rahmen der §§ 279, 275 BGB ausdehnte und den Schuldner in Fällen, in denen zur Beschaffung außergewöhnliche Wege⁷⁷ und Methoden notwendig werden, aus dem Vertrag entlassen hat, so spiegelt sich hierin die Unbeherrschbarkeit und unzulängliche Absorbierbarkeit dieser Formen der Leistungerschwerung wider.

Freilich darf der Veräußerer nicht ausschließlich deshalb von Leistungsschwierigkeitsrisiken entlastet werden, weil er sich auf *einem anderen Markt* eindecken muß, als er bei Vertragsschluß geplant hatte. Die vom RG geprägte Gleichung vom „Zwang, zur Erfüllung außergewöhnliche Wege einschlagen zu müssen“ und Risikoabwälzung führt leicht in die Irre. Häufig wird nämlich für den Verkäufer bzw. Produzenten die Gefahr, sich die Ware anders als geplant beschaffen zu müssen, durchaus vorhersehbar sein. Beispielsweise kann der Verkäufer eines Bildes, das er erst selbst auf einer Auktion erwerben will, damit rechnen, daß das Flugzeug, das er zur Anreise benutzt, wegen Nebels nicht landen kann.⁷⁸ Dann muß er auch einkalkulieren, daß das Bild schon versteigert ist und er versuchen muß, es dem Erwerber abzukufen. Diese Datenkonstellation liegt durchaus im Bereich des Vorhersehbaren.⁷⁹ Wenn sich der Schuldner darauf verläßt, trotz vorhersehbarer Verzögerung das Bild rechtzeitig ersteigern zu können, so gehen die wirtschaftlichen Folgen zu seinen Lasten.⁸⁰

⁷⁶ Krückmann, AcP 116, 345; Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 69.

⁷⁷ Vgl. Krückmann, AcP 116, 345; zu eng Kegel, Verhandlungen des 40. DJT Bd. I, S. 152, der hier davon spricht, dem Schuldner würden nur Anstrengungen zugemutet werden, die im Geschäftsleben üblich sind. Auch mit unüblichen Anstrengungen kann und muß der Schuldner vielfach rechnen.

⁷⁸ Fall nach Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 91.

⁷⁹ Ebenso: Diebstahl einer Spezies; ihre Veräußerung durch einen Vertreter des Schuldners/Eigentümers an einen Dritten oder Krankheit des Schuldners, die es notwendig macht, Hilfspersonen einzuschalten.

⁸⁰ Aus demselben Grund wird man auch dem Verkäufer einer Spezies, die gestohlen wird, zumuten können, Nachforschungen anzustellen und eine Belohnung auszusetzen. A. A. Lemppenau, Gattungsschuld aaO, S. 107, der immer auf Verschulden abhebt.

b) Die Entlastung des Schuldners trotz „Vorhersehbarkeit“ des Risikos

Trotz der *Vorhersehbarkeit* der Störung und ihrer möglichen Folgen wird man einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Schuldners verneinen müssen, falls der Gläubiger kraft seiner überragenden *Marktmacht* die Kalkulation nach dem Selbstkostenprinzip mit generell fixiertem Gewinnzuschlag (LSÖ)⁸¹ und damit die Höhe der Risikozuschläge diktiert hat.⁸² Eine vergleichbare Situation regelt der § 4 MHRG,⁸³ der dem Vermieter, dem die Befugnis zur freien, selbstverantwortlichen Gestaltung der Preise und damit der Beherrschbarkeit sowie der Absorption von Kostensteigerungsgefahren genommen ist, erlaubt, die erhöhten Kosten voll auf den Gläubiger abzuwälzen.

Die besseren Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten, die die Zurechnung des Leistungerschwerungsrisikos an den Schuldner rechtfertigen, können bei ungewöhnlichen Risiken *auch dann fehlen*, wenn der Gläubiger gleichfalls *in unmittelbarem Kontakt* zu den Beschaffungsmärkten steht und aus dieser Position heraus nachhaltigen Einfluß auf die Bewertung des Risikos nimmt. In diesem Zusammenhang ist an das Beispiel zu denken, daß ein Einkäufer eines großen Automobilunternehmens einen kleineren Zulieferer zu Preisreduktionen mit dem Hinweis veranlaßt, die Stahlpreise werden sich mit Sicherheit im Vertragszeitraum nicht verschieben.⁸⁴

c) Belastung des Schuldners trotz „Unvorhersehbarkeit“ des Risikos

aa) Liquiditätsrisiken

Andererseits wird man dem Schuldner aber *trotz* der *Unvorhersehbarkeit* einer Störung alle mit seiner *finanziellen Liquidität* zusammenhängenden Schwierigkeiten zuzurechnen haben.

Obwohl auf den ersten Blick die Leistungerschwerung in der Form, daß sich der Schuldner mangels ausreichender, liquider Mittel genötigt sieht, entweder zu hohen Zinssätzen Kredit aufzunehmen oder andere Vermögenswerte unter Verlust zu versilbern,⁸⁵ mit der Erschwerung aufgrund einer unvorhersehbaren Erhöhung der Materialpreise bzw. Löhne durchaus vergleichbar ist, muß hier der Schuldner an seinem Versprechen festgehalten werden.

⁸¹ Selbstkostenerstattungsvertrag; vgl. § 3 II VOB/Teil A.

⁸² Vgl. *Fikentscher*, GG, S. 71, 89; *P. Ulmer*, AcP 174 (1974) S. 188.

⁸³ Gesetz v. 18. 12. 1974, BGBl. I 3603.

⁸⁴ Eine weitere Ausnahme gilt natürlich für alle unentgeltlichen Verträge. Bewegt sich ein Austauschvertrag in der Nähe eines unentgeltlichen Vertrages, so kann dies eine Milderung des Haftungsmaßstabes auf Verschulden rechtfertigen. Vgl. BGH, LM 61 zu § 242 (Bb) BGB zu einem Fall der Primärzweckstörung; ferner S. 292 f.

⁸⁵ Nicht hierher gehört die Konstellation, daß der Käufer sich bei einem langfristigen Kaufvertrag verpflichtet hat, einen Preis zu bezahlen, der an dem Marktpreis für ein anderes Gut orientiert ist. Steigen die Preise für das in Bezug genommene Gut unvorhersehbar, so liegt ein echter Fall der Leistungerschwerung vor; denn der Käufer „als Schuldner der Gegenleistung“ muß mehr Geldmittel aufbringen als er eingeplant hatte. Es gelten hier deshalb die allgemeinen Grundsätze über die Verteilung des Aufwandserhöhungsrisikos.

Verfehlt wäre es freilich, wollte man sich einfach darauf berufen, der Schuldner habe uneingeschränkt für seine Zahlungsfähigkeit einzustehen. Es ist richtig, daß der Schuldner nicht dadurch frei wird, daß er finanziell unvernünftig wird. Der Schuldner hat sein finanzielles Leistungsvermögen mit seinem gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögen, das jederzeit in Geld verwandelbar ist, zu vertreten, wie sich eindeutig aus der Regelung der Zwangsvollstreckung und der Konkursordnung ergibt.⁸⁶ Daraus folgt aber nicht notwendig, daß dem Schuldner auch der Einwand verwehrt wäre, die Leistung sei schwieriger geworden, weil die Beschaffung von Geld auf ungeahnte Hindernisse gestoßen sei; denn es geht hier nicht um das für eine Geldschuld „Eintreten müssen“, sondern um die Frage, ob sich der Schuldner unter bestimmten Bedingungen wieder von der Schuld lösen darf.

Der tiefere Grund für die uneingeschränkte⁸⁷ Zurechnung dieser Art von Leistungsschwerung liegt im Gedanken der „par conditio concurrentium“.⁸⁸ Das klingt schon bei Savigny⁸⁹ in der Bemerkung an, Geld sei überall vorhanden; es liege nur an „den persönlichen Verhältnissen des Schuldners“, wenn er nicht erfüllen könne. Mit anderen Worten: in einem kapitalistischen System⁹⁰ soll sich der Schuldner weder darauf berufen dürfen, daß er kein Vermögen besitzt, noch darauf, daß ihn wegen der besonderen Struktur seines Vermögens Liquiditätsschwierigkeiten besonders hart treffen.

Bei allen anderen Formen der Leistungsschwerung kommt der Gedanke der „par conditio concurrentium“ nicht mit den Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzipien in Konflikt. Marktbedingte Störungen treffen bei Beschaffungsschulden alle potentiellen Anbieter gleichermaßen. Das gilt auch für andere, unvorhersehbar „von außen“ kommende Gefahren, die sich unmittelbar in der Sphäre des Schuldners auswirken. Ihnen sind sämtliche konkurrierenden Anbieter in derselben Weise exponiert; denn die Wahrscheinlichkeit einer Störung wird ebenso wie das Ausmaß der Störung bei den in Betracht kommenden Anbietern kaum divergieren. Man kann demnach davon ausgehen, daß in Hinblick auf die unvorhersehbaren, „von außen“ kommenden Störungen, die die primären Kosten in die Höhe treiben, die Organisation aller Anbieter im wesentlichen gleich störungsempfindlich ist.

Die Situation ändert sich jedoch, wenn die Störung sich auf die Liquidität des Schuldners auswirkt. Hier bestehen hinsichtlich der Größe der Vermögen, aber auch ihrer Zusammensetzung größte Unterschiede. Sie dürfen nicht über das Aus-

⁸⁶ Vgl. *Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 268; *Larenz*, SchR I, S. 140 f.; *Simitis*, AcP 159, 446; *Lemppenau*, Gattungsschuld aaO, S. 112 ff.; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 109, 115.

⁸⁷ *Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 268; *Larenz*, SchR I, S. 260; *Lemppenau*, Gattungsschuld aaO, S. 112 ff.

⁸⁸ Zu diesem Begriff vgl. *Koller*, Der Gleichheitsmaßstab des Diskriminierungsverbotes des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, S. 33 ff.

⁸⁹ *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Bd. I, S. 384 f.

⁹⁰ Vgl. *Wollenschläger*, Unmöglichkeitstheorie aaO, S. 151; *Wieacker*, Festschrift Nipperdey (1965) Bd. I, S. 804.

maß der Risikozurechnung entscheiden, wenn man nicht den Schuldner, der weniger kreditwürdig ist und deshalb hohe Zinsen zahlen muß oder der sein Geld so investiert hat, daß er es nur mehr mit großen Verlusten herauszulösen imstande ist, vor den konkurrierenden Anbietern, die größere Liquiditätsreserven gehalten haben, bevorzugen will. Daß dieses Resultat untragbar ist, hat sich schon bei der Ausformung des Absorptionsprinzipes gezeigt.⁹¹ Ebensovienig, wie die „deep pocket“ die Auferlegung größerer Lasten rechtfertigt, erlaubt die Unzulänglichkeit der Vermögensverhältnisse eine Begrenzung der Risikozurechnung.⁹² Die Größe und Struktur des Vermögens muß mithin bei der Verteilung des Risikos einer Leistungser schwerung irrelevant bleiben.⁹³

bb) Verlustkompensation

Ferner hat der *Lieferant ungeachtet der Unvorhersehbarkeit* einer Störung eine *Leistungser schwerung zu tragen*, soweit dasselbe Ereignis dem Schuldner gleichzeitig auch *unerhoffte Vorteile* gebracht hat. Derartige Konstellationen sind oft bei Koppelproduktionen zu beobachten. Ferner werden sich Vor- und Nachteile auch häufig bei Leistungser schwerungen infolge von Devisenkursverschiebungen ausgleichen, da sie die Preise von Export- und Importgütern gegenläufig beeinflussen. Ist der Schuldner selbst als Exporteur bzw. als Importeur tätig, so wird man gar nicht näher zu prüfen haben, in welchem Umfang der Schuldner aus dem unvorhersehbaren Ereignis Gewinne zu ziehen vermag, da vom Schuldner erwartet werden kann, daß er derartige Risiken durch prophylaktische Gegengeschäfte auffängt.

Diese Form der Risikoverteilung entspricht nicht nur dem Gedanken der Kongruenz von Vor- und Nachteilen,⁹⁴ sondern vor allem auch der Idee des arbeitsteiligen Austausches. Die Risikoentlastung bei fehlender Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit des Risikos wurzelt ja in der Erwägung, daß der Gläubiger das Risiko veranlaßt habe und ebenfalls mit seinen Auswirkungen konfrontiert worden wäre, wenn er selbst versucht hätte, seinen Bedarf zu decken. Der Gedanke der arbeitsteiligen Ausgliederung von Risiken darf nicht nur einseitig zu Lasten des Gläubigers eingesetzt werden; er muß ihm auch zugute kommen, wenn dem Gläubiger, der auf die Mitwirkung Dritter verzichtet hätte, mit den Nachteilen zugleich auch Vorteile in den Schoß gefallen wären. Sie beruhen zwar nicht auf einer sinnvollen und zweckgerichteten Organisation zur Bewältigung der Risikofolgen. De facto wird die Leistungser schwerung aber durch die Vorteile aufgefangen, die dem Schuldner aus der vom Gläubiger veranlaßten Tätigkeit zufließen, während der Gläubiger über keinerlei Kompensationsmöglichkeiten verfügt, wenn sich der Schuldner unter Berufung auf die unvorhersehbare Leistungser schwerung vom Vertrag lösen würde.

⁹¹ Siehe 2. Kap. S. 90.

⁹² So im Ergebnis auch *Larenz*, GG, S. 144.

⁹³ *Soergel-Siebert/Knopp*, § 242 Anm. 450. Im Ergebnis ebenso OLG Oldenburg, NJW 75, 1788. Eine Ausnahme mag man dort zulassen, wo eine hoheitliche Verfügung unvorhersehbar das gesamte Vermögen des Schuldners sperrt.

⁹⁴ Vgl. dazu auch unten S. 375 ff.

Der Argumentation des RG im „Schwefelkies“-Fall⁹⁵ ist deshalb im Kern zuzustimmen, daß bei einer unvorhersehbaren Erschwerung der Erfüllung eines Seefrachtvertrages die unvorhersehbaren Gewinne auf der Rückreise berücksichtigt werden müssen, weil der Verfrachter die Rentabilität seines Unternehmens nach den Frachtraten für Hin- und Rückreise zu berechnen pflege, Hin- und Rückreise also als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden müßten.

Um eine Art Vorteil- Nachteilkompensation handelt es sich auch in den Fällen, in denen die Beschaffungskosten infolge einer *inflationären Entwicklung* in unvorhersehbarem Ausmaß hochschnellen, der Schuldner jedoch bereits bei Vertragsschluß die volle Vergütung in der später entwerteten Währung erhalten hatte. Die ständige Rechtsprechung hat hier dem Schuldner zu Recht ein Abrücken vom Vertrag untersagt. Zwar muß für die Leistung aufgrund der Geldentwertung ein nominal höherer Geldbetrag aufgewendet werden. Dadurch muß der Schuldner aber nicht notwendig einen Verlust erlitten haben, denn er kann das vom Nachfrager empfangene Geld rechtzeitig wieder in Sachwerte umgesetzt haben. Wie nun der Schuldner im konkreten Fall disponiert hat, ob der Wert der von ihm angeschafften Vermögensobjekte infolge der Inflation in gleichem Umfang wie die Beschaffungskosten gestiegen sind oder der Schuldner gar verabsäumt hat, das Geld kaufkraftwährend zu investieren, ist allerdings grundsätzlich⁹⁶ irrelevant.⁹⁷ Das Verwendungsrisiko in Hinblick auf die empfangene Leistung „Geld“ trifft nämlich in vollem Umfang den Geldgläubiger als Nachfrager.⁹⁸ Für die Nachteilkompensation genügt es hier, daß der Schuldner die ihm gebotene Möglichkeit versäumt hat, die Chancen zu wahren, die ihm durch die Vorleistung des Gläubigers eröffnet worden sind.

3. Die Entlastung des Schuldners bei gleichwertigen oder besseren Beherrschungs- bzw. Absorptionsmöglichkeiten des Gläubigers

Ein die Zurechnung des Risikos planungswidrigen Aufwandes an den Schuldner rechtfertigender Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung fehlt dort, wo der Gläubiger die konkrete Gefahr *zumindest ebenso gut* wie sein Vertragspartner zu steuern bzw. aufzufangen in der Lage war.

Stammt die Störungsquelle *aus der Sphäre des Gläubigers* oder wirkt sie sich *zunächst in seinem Organisationsbereich* aus, so wird der Gläubiger *normalerweise* imstande sein, die Wahrscheinlichkeit zuverlässiger zu erkennen, mit der eine Erhöhung des Leistungsaufwandes eintreten kann. Das gestattet ihm, die Rentabilität etwaiger Abwehrmaßnahmen exakter zu beurteilen und gegebenenfalls auf Grund seiner Nähe zur Gefahrenquelle mit geringeren Kosten dafür zu sorgen, daß der

⁹⁵ RGZ 99, 115 ff.

⁹⁶ Eine Ausnahme mag für Inflationen wie die von 1922/23 gelten, wo keine reelle Chance mehr bestand, das Geld einigermaßen kaufkrafterhaltend einzusetzen.

⁹⁷ A. A. RG, JW 26, 792, das darauf abstellt, in welchem Umfang ein Kaufmann sein Vermögen tatsächlich vor der Inflation schützen konnte.

⁹⁸ Zur Frage des Verwendungsrisikos s. S. 306 ff.

Leistungsprozeß nicht beeinträchtigt wird. In den Situationen, in denen eine Gefahrenabwehr nicht rentabel erscheint, vermag er bei derartigen Störungen jedenfalls dafür zu sorgen, daß das Risiko möglichst realitätsnahe einkalkuliert wird und ausreichende, aber nicht überdimensionierte Vorkehrungen getroffen werden, um es reibungslos aufzufangen. Vom Standpunkt des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips aus ist mithin in solchen Fällen das Risiko dem Gläubiger aufzuerlegen.

Bei Störungen, die aus der *neutralen Sphäre* stammen und sich zunächst im Organisationsbereich des Gläubigers auswirken, werden unter Umständen beide Parteien das zugrunde liegende Risiko planungswidrigen Aufwandes *gleich gut* abschätzen und infolgedessen auch beherrschen bzw. absorbieren können. Der Umstand allein, daß der Gläubiger über keinen abstrakten Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprung verfügt, rechtfertigt nicht seine Risikoentlastung und die Zuweisung des Risikos an den Schuldner, der die Leistung versprochen hatte. Die §§ 293 ff, 645 BGB – um nur einige zentrale Normen herauszugreifen – haben nämlich gezeigt,⁹⁹ daß bei Störungen, die von beiden Vertragspartnern gleich gut gesteuert und aufgefangen werden können, grundsätzlich der Gedanke der arbeitsteiligen Veranlassung den Ausschlag gibt. Daraus folgt, daß Leistungserschwerungen, deren Ursache sich zunächst in der Sphäre des Gläubigers bemerkbar macht, in aller Regel dem Gläubiger zuzurechnen sind.

Beim Kauf- und Werklieferungsvertrag wird eine derartige Form der Entlastung des Schuldners vom Risiko der Leistungserschwerung relativ selten sein. Der Prozeß der Leistungserbringung wird vom Schuldner weitgehend ohne jede Mitwirkung des Gläubigers organisiert und abgewickelt. Der Gläubiger wird daher auch im allgemeinen die Art der Leistungserbringung nicht beeinflussen. Eine Ausnahme gilt für den Bereich der Annahme der Leistung, wo eine Mitwirkung des Gläubigers zur Erreichung des Leistungserfolges erforderlich ist. In diesen Fällen ist aber beim Kauf- und Werklieferungsvertrag eine Korrektur der gesetzlichen Risikoverteilung zugunsten des Schuldners nicht erforderlich; denn die §§ 293 ff BGB in Verbindung mit § 304 BGB befreien den Schuldner von den Folgen einer Aufwandserhöhung, die dadurch entsteht, daß der Gläubiger die Leistung nicht programmgemäß annimmt oder sonstige vertragsgemäße Mitwirkungsakte unterläßt.

Bedeutsamer ist die Risikoentlastung des Schuldners wegen zumindest gleichwertiger Beherrschungs- bzw. Absorptionsmöglichkeiten bei den Werkverträgen, wo sich die Beiträge der Vertragsparteien zur Leistungserbringung stärker verschränken. Auf die daraus resultierenden Probleme ist deshalb im Zusammenhang mit anderen spezifisch werkvertraglichen Fragen ausführlicher einzugehen.¹⁰⁰

4. Das Verschuldensprinzip als Zurechnungsgrenze bei Schadensersatzpflichten

Das Risiko planungswidrigen Aufwandes ist nicht ausschließlich anhand des Beherrschbarkeits-, Absorptions- und Veranlassungsprinzips zu verteilen. In Fällen, in

⁹⁹ Siehe S. 196 f.

¹⁰⁰ Siehe unten S. 245 ff.

denen der Schuldner nicht in der Lage ist, sein Versprechen „in natura“ selbst oder durch Einschaltung Dritter – rechtzeitig – zu erfüllen, ist die Zurechnungsintensität zugunsten des Schuldners auf „Verschulden“ herabzusetzen, es sei denn, daß die Leistungsstörung auf Liquiditätsschwierigkeiten beruht oder sich ereignet, während sich der Schuldner im Verzug befindet (§ 287 S. 2 BGB). Die Wahl eines schwächeren Zurechnungsmaßstabes soll beispielsweise den Gattungsschuldner schützen, der plötzlich schwer erkrankt und deshalb außerstande ist, die versprochene Ware selbst zu liefern oder auch nur Dritte mit der Lieferung zu beauftragen.

Zu diesem Ergebnis gelangt auch die h.M.,¹⁰¹ die in derartigen Situationen den § 279 BGB, der eine verschuldensunabhängige Zurechnung vorschreibt, restringiert. Sie stützt sich dabei auf den spezifischen Unterschied zwischen Spezies- und Gattungsschuld.¹⁰² Nur wenn die Leistungsstörung für die Beschaffungsschuld typisch, für die Speziesschuld aber atypisch sei, wenn sie, mit anderen Worten, auf einer *wirtschaftlichen* Leistungsunfähigkeit des Schuldners beruhe, sei die scharfe Haftung des Gattungsschuldners aus § 279 BGB angemessen.

Entscheidend ist aber, daß die hier behandelte Variante des planungswidrigen Aufwandes in Form von Schadensersatz dadurch gekennzeichnet ist, daß das *Ausmaß* der drohenden Aufwandssteigerung wesentlich durch die *individuellen Bedürfnisse* des Gläubigers geprägt wird;¹⁰³ denn der erhöhte Aufwand, der zur Erfüllung des Vertrages notwendig wäre, würde nicht dazu dienen, den Anstrengungen des Schuldners, sein Versprechen „in natura“ zu erfüllen, noch zum Ziele zu verhelfen.¹⁰⁴ Er würde also nicht im Rahmen der Organisation des Schuldners eingesetzt oder dazu verwandt werden, sich auf dem Markt der Unterstützung durch vom Schuldner ausgewählte Dritte zu versichern.¹⁰⁵ Der Schuldner sieht sich in den hier

¹⁰¹ Erman-Battes, BGB, § 279 Anm. 5; Roth, JuS 68, 106; Heck, SchR, S. 87f; Soergel-R. Schmidt, BGB, § 279 Anm. 3; Lorenz, SchR I, 10. Aufl., S. 255; Heymann, Das Verschulden beim Erfüllungsverzug, S. 160.

¹⁰² RGZ 99, 2; Fikentscher, SchR, S. 214; Erman-Battes, BGB, § 279 Anm. 4f; Soergel-R. Schmidt, BGB, § 279 Anm. 5; Heymann, Erfüllungsverzug aaO, S. 157; Roth, JuS 68, 104ff. Geht man vom wirtschaftlichen Unterschied zwischen Spezies- und Gattungsschuld aus, so muß man aber auch berücksichtigen, daß Gattungsschulden typischerweise von Unternehmen vereinbart werden, denen man auch dann eine schärfere Haftung auferlegen könnte, wenn die Schuld aus einem in der Sphäre des Schuldners liegenden Grund wie Krankheit nicht rechtzeitig erfüllt wird.

¹⁰³ Vgl. BGH, NJW 74, 1505; vgl. ferner den Unterschied zwischen § 563 I 2 und § 564 I, II HGB sowie die Diskussion um die Produzentenhaftung. Dazu Simitis, Verhandlungen des 47. DJT, Bd. I, S. C/42ff und 78ff.

¹⁰⁴ Vgl. auch Jakobs, Unmöglichkeit aaO, S. 229, der klar herausarbeitet, daß das Recht zur Naturalerfüllung typischerweise primär im Interesse des Schuldners liegt. Vgl. ferner Himmelschein, AcP 135 (1932) S. 274.

¹⁰⁵ Eine Ausnahme gilt für Arbeitskämpfe, die nicht nur vorhersehbar sind, sondern auch mit höherem Aufwand vermeidbar wären. Die wirtschaftspolitische Bedeutung des Arbeitskampfes verbietet, den Arbeitgeber durch eine Zurechnung auf der Grundlage der Prinzipien abstrakter Beherrschbarkeit und Absorption unter Druck zu setzen. Zutreffend Löwisch, AcP 174 (1974), 202ff, bes. 233ff mit weit. Nachw. Das Risiko planungswidrigen Aufwandes kann demnach nur bei Übernahme-, Vorsorge- und Abwendungsverschulden zugerechnet werden.

angesprochenen Fällen vielmehr mit der Gefahr konfrontiert, daß er den Bedarf des Gläubigers *unmittelbar* mit dem Surrogat „Geld“ zu decken,¹⁰⁶ also Schadensersatz zu leisten hat. Dieses Risiko ist im Vergleich zu anderen Formen des planungswidrigen Aufwandes (z. B. der Aufwandserhöhung) schlechter zu kalkulieren.¹⁰⁷ Bei Schadensersatzpflichten liegen nämlich die für das Ausmaß des Risikos relevanten Umstände durchwegs in der Sphäre des Gläubigers, die der Schuldner typischerweise nicht zuverlässig zu beurteilen imstande ist. Würde man nun dem Schuldner Risiken planungswidrigen Aufwandes zurechnen, die sowohl auf Zukunftsfaktoren als auch auf Daten aus dem Bereich des Gläubigers beruhen, so müßte der Schuldner nicht nur die Wahrscheinlichkeit einer Störung, sondern ohne sichere Anhaltspunkte auch das Ausmaß der Störung prognostizieren, um eine Entscheidung über die optimale Gefahrenabwehr und gegebenenfalls über Rückstellungen zu treffen.¹⁰⁸ Die gleichermaßen bei Abgabe- und Beschaffungsschulden auftauchende¹⁰⁹ Gefahr, daß der Schuldner das Ausmaß des Risikos unterbewerten könnte, erschien dem Gesetzgeber offensichtlich als zu groß. Er hat sich deshalb typisierend entschlossen, derartige Risiken dem Schuldner nur zuzurechnen, falls ihm ein Verstoß gegen die verkehrserforderliche Sorgfalt vorzuwerfen ist.

Das beweist zum einen die unterschiedliche Behandlung von Risiken, die Gegenwartsfaktoren, und den Gefahren, die Zukunftsfaktoren entspringen. Die §§ 437, 538 I BGB statuieren die verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht ausdrücklich nur bei anfänglichen Störungen,¹¹⁰ die normalerweise leichter zu beherrschen und zu kalkulieren sind. Zum anderen zeigt § 275 BGB, daß dem Schuldner bei

¹⁰⁶ Das übersieht *Jakobs*, Unmöglichkeit aaO, S. 80 bei seiner Kritik an der Divergenz der Zurechnungsintensität in den Konstellationen von „Schuld“ und „Haftung“.

¹⁰⁷ Durch § 254 II BGB wird das Gewicht dieses Unsicherheitsfaktors nur gemildert. Vgl. auch *Steindorff*, AcP 170, 96f; *Kliege*, Rechtsprobleme aaO, S. 130ff zur Diskussion um die Haftungsbegrenzung durch AGB.

¹⁰⁸ Die optimale Allokation der Ressourcen mag bei dieser Risikoverteilung fehlschlagen (*Barton*, 1 *Journal of Legal Studies*, 296ff [1972]). Sie ließe sich erreichen, wenn man in Fällen, in denen eine der Parteien das Risiko typischerweise einkalkuliert, nur einen Anspruch auf den Vertrauensschaden zuzüglich eines Gewinnanteiles in Abhängigkeit von dem Umfang, in dem mit der Erfüllung des Vertrages schon begonnen worden war, statuiert. Diese Form der Risikoverteilung wirft aber zu große Probleme bei der Bemessung des Vertrauensschadens, insbesondere im Hinblick auf die Fehlleitung von Leistungskapazität des Schuldners auf. Etwaige Beweisschwierigkeiten sollten nicht zu Lasten des Schuldners gehen. Sie müssen durch eine Generalisierung ausgeschaltet werden, auch wenn auf diese Weise suboptimale Allokationswirkungen ausgelöst werden.

¹⁰⁹ Daran zeigt sich auch, daß man entgegen *Heck*, SchR, S. 86ff, *Lemppenau*, Gattungsschuld aaO, S. 71ff nicht einen scharfen Trennungsstrich zwischen diesen Vertragstypen ziehen darf, sondern im Hinblick auf die konkrete Art und Auswirkung der Leistungerschwererung prüfen muß, ob sie nach abstrakten Beherrschbarkeits- und Absorptionsgrundsätzen oder nach Verschuldensgrundsätzen zugerechnet werden soll.

¹¹⁰ Das erkennt *Fikentscher*, GG aaO, S. 11, weil er Risikoplanung und Realität, auf die sich die Planung bezieht, vermengt. Die Parteivorstellungen sind für die Entscheidung der Frage, ob ein Zukunfts- oder Gegenwartsrisiko vorliegt, irrelevant. Maßgeblich ist allein, ob die relevanten Umstände der Gegenwart oder der Zukunft angehören.

Leistungsstörungen, die in der Zukunft liegen, das Risiko in dem Moment abgenommen wird, in dem er das Bedürfnis des Gläubigers nicht mehr mit erhöhten Anstrengungen, sondern nur noch mit dem Surrogat „Geld“ zu befriedigen vermag. Zwar finden sich auch bei Zukunftsrisiken verschuldensunabhängige Varianten der Risikobelastung, die dem Schuldner den planungswidrigen Aufwand in Form einer Schadensersatzpflicht zurechnen (§§ 701 BGB, 454 HGB, 82 ff EVO, 29 ff KVO). Bezeichnenderweise enthalten diese Vorschriften aber durchwegs fest umrissene Höchstgrenzen der Belastung (§§ 702 BGB, 85 EVO, 35 IV KVO) oder machen für den Schuldner den Umfang des Risikos dadurch schätzbar, daß sie ihn von Daten abhängig machen, die der Gläubiger zu offenbaren hat. Dort, wo der Gläubiger eine unbeschränkte Realisierung seines individuellen Interesses fordern darf, verknüpft auch diese Normgruppe die Zurechnung dieses Risikos mit dem Verschulden (§ 702 II BGB)¹¹¹ bzw. sogar mit dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit (85 III EVO).

Natürlich wäre es an sich sachgerechter gewesen, der erschwerten Kalkulierbarkeit nicht durch eine Senkung des Haftungsmaßstabes, sondern durch eine Beschränkung des Umfanges der Schadensersatzpflicht Rechnung zu tragen. Das Gesetz hat aber, wenn man von dem unzulänglichen § 254 II 1 BGB absieht, den zweiten Weg eingeschlagen. Das ist aus der Sicht der Praktikabilität der Risikoverteilung auch durchaus zu begrüßen, da es leichter ist festzustellen, welches Verhalten sorgfaltsgemäß ist, als welcher Schaden aus der Sicht des Schuldners mit ausreichender Sicherheit vorhergesehen und einkalkuliert werden konnte.

An dieser Wertung des Gesetzes ist daher nicht nur festzuhalten; sie ist über die gesetzlich geregelten Fälle hinaus auszudehnen. Der Schuldner ist demnach entgegen dem Wortlaut des § 279 BGB grundsätzlich vom Risiko einer auf Zukunftsfaktoren beruhenden, umfassenden Schadensersatzpflicht zu befreien, wenn der Schuldner ohne sein Verschulden außerstande ist, die Leistung – selbst oder mit Hilfe Dritter – rechtzeitig „in natura“ zu erbringen. Wird also der Schuldner krank und vermag er deshalb nicht innerhalb der vereinbarten Leistungsfrist einen Dritten mit der Lieferung zu beauftragen, so braucht er auch bei Gattungsschulden keinen Verzugschaden zu entrichten, es sei denn, daß ihm ein Übernahme-, Vorsorge- oder Abwendungsschulden vorgeworfen werden kann.^{111a}

Diese Wertung strahlt auch auf den Begriff des *Unvermögens* bei Speziesschulden aus. Man hat diesen Begriff mit der ersten Kommission¹¹² dahin zu verstehen, daß „das Vermögen des

¹¹¹ Zur KVO vgl. BGHZ 55, 220 ff.

^{111a} Enger *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 28 f für den Fall, daß der Schuldner nicht liefern kann, weil ihn sein Lieferant trotz rechtzeitiger Bestellung nicht beliefert, und er auch nicht mehr fristgerecht einen Dritten einschalten kann. Auch in einem derartigen Fall ist der § 279 BGB in Hinblick auf den Ersatz des Verzugschadens zu restringieren. Im Rahmen des § 326 BGB ist er lediglich am Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit und Absorption zu messen, da hier entweder nur Rücktritt in Frage kommt oder die „Nachfrist“ Gelegenheit gibt, die Verpflichtung mit Hilfe Dritter rechtzeitig zu erfüllen.

¹¹² Mot. II, S. 45.

Schuldners nicht hinreicht“, die Erfüllung zu bewirken.¹¹³ In diesem Sinne liegt ein Unvermögen beispielsweise dann vor, wenn der Eigentümer einer bestimmten Sache bzw. der letzten noch vorhandenen Gattungsobjekte¹¹⁴ sich weigert, seine Leistungsfähigkeit in den Dienst des Schuldners zu stellen.¹¹⁵ Der Schuldner wird ferner unvermögend, falls ein Produzent ein Vertragshändlersystem mit strenger Vertriebsbindung einführt und der Schuldner sich deshalb nicht mehr eindecken kann. Der Schuldner kann dann das Interesse des Gläubigers nur noch mit Geld befriedigen. Ist der Eigentümer hingegen bereit, die Objekte an den Schuldner zu einem völlig überzogenen Preis zu veräußern, so vermag der Schuldner noch zu leisten, wenn auch mit einem Aufwand, der den eingeplanten um ein Vielfaches übersteigt.

Verschiedentlich wird demgegenüber die Ansicht vertreten, daß von Unvermögen auch gesprochen werden müsse, wenn die Leistung dem Schuldner nur noch mit unzumutbarem Aufwand möglich ist.¹¹⁶ Zu einer solchen Ausdehnung des Begriffes besteht indessen kein Anlaß. War die Datenkonstellation, die zur konkreten Erschwerung geführt hat, nach Art und Ausmaß voraussehbar, so muß sich der Schuldner dieses Risiko mit allen seinen Folgen zu rechnen lassen. Dazu gehört in der Regel auch, daß die Preise auf den Deckungsmärkten steigen oder der Dritte einen überzogenen Preis fordert. Eine Risikoentlastung ist hier also erst dann angebracht, wenn das Risiko für den Schuldner unbeherrschbar ist und von ihm nicht aufgefangen werden kann. Diese Situation kann beispielsweise in dem Fall eintreten, in dem der vom Verkäufer veräußerte Gegenstand auf Grund *unvorhersehbarer* Umstände beschlagnahmt wird und der neue Eigentümer nur bereit ist, das Objekt zu einem überhöhten Preis zurückzuzubereignen.

5. Rechtsfolgen

Kann dem Schuldner das Risiko nicht zugerechnet werden, so ist in Hinblick auf die Rechtsfolgen danach zu *differenzieren*, ob der erhöhte Aufwand dazu hätte eingesetzt werden müssen, um das Versprechen „in natura“ zu erfüllen oder um das Interesse des Gläubigers unmittelbar mit Geld zu befriedigen. In der zweiten Fallgruppe ist die angemessene Rechtsfolge unproblematisch: Der Schuldner braucht keinen Schadensersatz zu leisten.

Schwieriger sind die Rechtsfolgen bei einfachen Aufwandssteigerungen zu bestimmen.

Als Veranlasser hat *grundsätzlich der Gläubiger* das Risiko der Leistungserschwerung zu tragen, das dem *Schuldner mangels* eines Beherrschbarkeits- oder Absorp-

¹¹³ Ebenso *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 275 Anm. 2; *Erman-Battes*, BGB, vor § 275 Anm. 46; *Larenz*, SchR I, S. 87; *Fikentscher*, SchR, S. 189; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 240; *Soergel-R. Schmidt*, BGB, § 275 Anm. 3; *Roth*, JuS 68, 103, 107.

¹¹⁴ Hier ist vor allem an das Beispiel des Vorratskaufs zu denken, wenn sich ein Teil des Vorrates bereits in den Händen Dritter befindet. Die gleiche Problematik ergibt sich, falls der Vorrat, der an mehrere Kunden verkauft, aber noch nicht übereignet ist, teilweise untergeht. Eine Repartierung ist erst dann unumgänglich, wenn keiner der Kunden bereit ist, gegen Entgelt vom Vertrag abzurücken oder die Notwendigkeit, auf diese Art zusätzliche Aufwendungen zu machen, unvorhersehbar war.

¹¹⁵ Unzutreffend, wenn auch im Ergebnis regelmäßig richtig, *Larenz*, SchR I, 10. Aufl., S. 232 f, wenn er ausführt, objektive Unmöglichkeit liege schon vor, falls bestimmte Gattungsobjekte nicht mehr auf dem normalen Markt erhältlich seien.

¹¹⁶ *Heck*, SchR, S. 96 m. w. Nachw.; ähnlich wohl *Fikentscher*, SchR, S. 197; *Lemppenau*, Gattungsschuld aaO, S. 74 nimmt Unvermögen immer schon dann an, wenn der Schuldner aus seinem Rechtskreis heraustreten, z. B. einen Dritten einschalten muß.

tionsvorsprunges nicht zugerechnet werden kann. Damit ist jedoch noch nicht die Frage beantwortet, wie diese Leistungerschwerung zu *quantifizieren* ist.

Es liegt nahe, den Umfang der Risikoüberwälzung nicht am Ausmaß der Kostensteigerung, sondern an dem Preis zu orientieren, den die Parteien vereinbart hätten, wenn die unvorhersehbare Entwicklung bei Vertragsschluß schon vorhersehbar gewesen wäre¹¹⁷ oder der Schuldner die Gefahr, die der Gläubiger besser zu steuern imstande war, auf sich genommen hätte. Dieser Maßstab läßt sich jedoch ex post nicht mit der notwendigen empirischen Sicherheit ermitteln.¹¹⁸ Er verleitet nur dazu, die Rechtsfolgen im Anschluß an die Rechtsprechung¹¹⁹ dem Unzumutbarkeitskriterium zu entnehmen, das, wie insbesondere seine Verwendung im Rahmen der Geschäftsgrundlagenlehre gezeigt hat,¹²⁰ letztlich nur in einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung konkretisiert werden kann.¹²¹ Das Ziel, einen Ansatz zu entwickeln, der mehr Rechtssicherheit bietet, weil das Problem der Risikoverteilung anhand einer relativ geringen Zahl von Zuordnungskriterien gelöst werden kann, würde dadurch unerreichbar werden. Anstatt sich auf der Suche nach einer angemessenen Entlastung des Schuldners von Kostensteigerungen in eine allgemeine Güter- und Interessenabwägung einzulassen, gilt es im Rahmen der Konkretisierung der Rechtsfolgen diejenigen Zurechnungsprinzipien konsequent zu entfalten, die über das „ob“ einer Risikobelastung entscheiden.¹²² Daraus folgt, daß der Schuldner bei Risiken, die ihm nicht zugerechnet werden können, von deren *gesamten* Auswirkungen befreit werden muß. Zwar könnte man daran denken, die Kostensteigerung mit der einkalkulierten Risikoprämie oder mit dem kalkulatorischen Gewinn zu verrechnen. Das stößt jedoch auf zwei Hindernisse. Zum einen soll die Risikoprämie im wesentlichen die vorhersehbaren Risiken und die gegebenenfalls zu ihrer Abwehr getätigten Vorkehrungen decken. Der Umstand, daß sich ein vom Schuldner gar nicht oder im Vergleich mit dem Gläubiger schlechter zu beherrschendes bzw. zu absorbierendes Risiko realisiert und eine Leistungerschwerung hervorruft, schaltet nicht all die anderen vorhersehbaren Risiken aus, die noch zusätzlich wirksam werden können. Zu ihrer Beherrschung und Absorption muß dem Schuldner die einkalkulierte Prämie jedenfalls dann voll belassen werden, wenn der Vertrag aufgrund einer Ausgleichszahlung des Gläubigers voll erfüllt wird. Zum anderen muß dem Schuldner, dem ja das Risiko nicht zugerechnet werden darf, der Gewinn als die Belohnung seiner Leistung erhalten bleiben. Er darf ihm nicht

¹¹⁷ Brox, Irrtumsanfechtung aaO, S. 182f.

¹¹⁸ Siehe 2. Kap. S. 41 ff.

¹¹⁹ Vgl. BGH, JZ 52, 145 ff; weit. Nachw. aus der Rechtsprechung bei Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 413 ff; ebenso Palandt-Heinrichs, BGB, § 242, Anm. 6 Cf; Erman-Sirp, BGB, § 242 Anm. 179; Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 462; Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 130f; P. Ulmer, AcP 174 (1974) S. 192.

¹²⁰ Siehe oben 2. Kap. S. 44 ff.

¹²¹ Vgl. Larenz, GG, S. 118 ff, 131 ff, 168; Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 230; Goltz, Motivirrtum aaO, S. 261.

¹²² Denselben methodischen Ansatz wählen Fikentscher, GG, S. 62; Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 163.

verkürzt oder ganz entzogen werden, nur weil er sein Versprechen nicht reibungslos zu erfüllen vermag.

Wenn einem Schuldner eine bestimmte Risikofolge nicht zugerechnet werden kann, der Schuldner jedoch die Leistung im übrigen anstandslos zu erfüllen imstande ist, so hat er sich auch den Gewinn aus dem arbeitsteiligen Austausch verdient. Es darf ihm nicht zugemutet werden, zum Selbstkostenpreis tätig zu werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß die unvorhersehbare Leistungerschwerung möglicherweise den Marktpreis nicht so stark in die Höhe schnellen ließ wie die Kosten, so daß die Gewinnspanne des Schuldners bei gleichartigen Verträgen, die erst vereinbart werden, nachdem sich das Risiko realisiert hat, bedeutend geringer ausfällt; denn die Marktlage bei Vertragsschluß und die Marktlage nach Eintritt der Störung sind wegen der Vielzahl der Faktoren, die sich inzwischen verschoben haben können, unvergleichbar. Es bleibt daher nur der Weg offen, die Risikofolgen an der konkreten Kostensteigerung im Einzelfall auszurichten.

Der Schuldner kann auf zwei Arten von der Last erhöhter Kosten befreit werden: Einmal steht der Weg offen, ihn völlig von seinem Versprechen zu entbinden. Das gleiche Ziel erreicht man dadurch, daß man ihm einen Nachzahlungsanspruch zugesteht.

Die ebenfalls ein Problem der Leistungerschwerung regelnden §§ 24, 27 VVG sehen allein ein Kündigungsrecht des Schuldners vor. Die Rechtsprechung hat hingegen im Einklang mit wesentlichen Teilen der Literatur dafür plädiert, den Vertrag soweit wie möglich anzupassen und dadurch aufrechtzuerhalten.¹²³ Dabei geht die Rechtsprechung allerdings von der Prämisse aus, daß dem Gläubiger nur ein zumutbarer Teil der Leistungerschwerung auferlegt werden dürfe.¹²⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht führt dieses Korrektiv aber zu Billigkeitsentscheidungen, die die Rechtssicherheit bedrohen. Es muß daher im Einklang mit dem Gedanken der Privatautonomie¹²⁵ den Parteien anheim gestellt werden, ob der Leistungsaustausch unterbleibt oder das Versprechen gegen eine erhöhte Vergütung erfüllt werden soll. Dies läßt sich ohne weiteres dadurch bewerkstelligen, daß man dem Gläubiger,¹²⁶ dem die Leistung nicht die um die Kostensteigerung heraufgesetzte Vergütung wert ist, ein Rücktrittsrecht und bei Dauerschuldverhältnissen ein Kündigungsrecht einräumt.

Dieser zweite Lösungsweg ist für die Korrektur der §§ 275, 279 BGB vorzuziehen. Er trägt nicht nur in Übereinstimmung mit der h.M. dem Gedanken der

¹²³ BGH, NJW 51, 837; *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 414; *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 242 Anm. 6 C f; *Erman-Sirp*, BGB, § 242 Anm. 179; *Staudinger-Weber*, BGB, § 242/E 411 jeweils mit weit. Nachw. aus der Rechtsprechung.

¹²⁴ So beispielsweise auch *Fikentscher*, GG, S. 69.

¹²⁵ Vgl. *Lange*, Festschrift Giesecke, S. 49; *Schmidt-Rimpler*, Festschrift Nipperdey (1955) S. 28.

¹²⁶ *Larenz*, GG, S. 175 spricht dem Schuldner die Befugnis zu, vom Vertrag zurückzutreten, falls der Gläubiger sich nicht zur angemessenen Erhöhung der Gegenleistung bereit erklärt. Vgl. aber auch S. 176, wo er das Kündigungsrecht dem Gläubiger zuerkennt, der sich einer Erhöhung der Gegenleistung gegenüberseht.

Vertragstreue¹²⁷ besser Rechnung, sondern berücksichtigt auch, daß der Gläubiger die Leistungserschwerung „veranlaßt“ hat. Es kann deshalb vom Gläubiger erwartet werden, daß er die Initiative ergreift, um sich innerhalb einer angemessenen Frist von einer Pflicht zur Nachzahlung zu lösen, die ihm zu stark belastend erscheint.¹²⁸

Tritt eine Leistungserschwerung auf, die dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann, so entsteht mithin für den Schuldner ein Recht auf eine um die vermehrten Investitionen erhöhte Vergütung. Der Schuldner hat dem Gläubiger die Notwendigkeit erhöhten Aufwandes mitzuteilen, bevor er in Erfüllung des Vertrages weiter tätig wird, um nicht die Befugnis des Gläubigers, die Kostensteigerung von sich abzuwenden, illusorisch zu machen.

Eine Ausnahme ist in Analogie zu § 683 S. 1 BGB dort zuzulassen, wo der sofortige Einsatz zusätzlicher, nicht eingeplanter personeller oder sachlicher Mittel im Interesse und im wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Gläubigers liegt. Dem Gläubiger steht dann das Recht zu, sich binnen angemessener Frist ganz vom Vertrag zu lösen oder zu erklären, daß er sich mit der Leistung, die mit den ursprünglich eingeplanten Mitteln noch erbracht werden kann, zufrieden geben wolle.

Natürlich darf die Auflösung des Vertrages nicht dazu führen, daß sich der Gläubiger zu seinem Vorteil eines ihm ohnehin lästigen Vertrages entledigen kann und den Schuldner auf seinen Investitionen sitzen läßt, die er auf Veranlassung des Gläubigers bis zu dem Zeitpunkt, in dem sich das Risiko verwirklicht, getätigt hat. Mit einem Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht des Gläubigers, das nicht mit einer Pflicht zum Ersatz des veranlaßten Aufwandes gekoppelt ist, würde man dem Schuldner, der vom Risiko der Leistungserschwerung befreit werden soll, vielfach Steine statt Brot geben, weil häufig die Leistungserschwerung weit hinter den durch die Vertragsauflösung sinnlos werdenden Aufwendungen zurückbleiben wird. Dem Gläubiger, der sich einer erhöhten Vergütung entzieht, ist daher als Veranlasser¹²⁹ das Risiko sinnlosen Aufwandes nach den für Zweckstörungen geltenden Grundsätzen, die in den folgenden Abschnitten entwickelt werden,¹³⁰ aufzubürden.

Diese Regeln dürfen nicht ohne weiteres bei jedem Vertrag angewandt werden. Sie sind vielmehr im Rahmen der ergänzenden Auslegung sorgfältig mit dem konkreten Vertrag abzustimmen.¹³¹

Dies darf nun nicht dahin verstanden werden, daß letztlich das gesamte Problem einer Korrektur des ursprünglichen Konzepts der Risikoverteilung mit Hilfe der ergänzenden Vertragsauslegung bewältigt werden soll. Dieser Lösungsansatz ist bereits abgelehnt worden, da er die Möglichkeit eröffnet, beliebige Wertungen einflie-

¹²⁷ Vgl. *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 414.

¹²⁸ Ähnlich BGH, LM Nr. 57 zu § 242 (Bb) BGB. Im Unterschied zu der hier vertretenen Auffassung kann der Schuldner aber nach Ansicht des BGH eine Anpassung erzwingen.

¹²⁹ Siehe oben 2. Kap. S. 95f.

¹³⁰ Siehe unten S. 280ff, 363ff.

¹³¹ Natürlich fließen in die ergänzende Vertragsauslegung auch die hier erarbeiteten Risikozurechnungsprinzipien ein, die als Ausdruck von Treu und Glauben anzusehen sind. Vgl. auch BGH, VersR 65, 803 (804).

ßen zu lassen, und damit die Rechtssicherheit gefährdet.¹³² Im Unterschied zu den Theorien, die die ergänzende Auslegung zur Lösung der gesamten Risikoverteilungsfrage fruchtbar machen wollen, geht es hier *nur* darum, daß die allgemeinen Grundsätze über die Zuordnung von Leistungserschwerungsrisiken zurückzutreten haben, soweit der Vertrag *im Einzelfall* eine ergänzungsfähige Regelung enthält.¹³³ Dies wird normalerweise nicht der Fall sein, da die Parteien üblicherweise keine verallgemeinerungsfähigen Anordnungen im Hinblick auf die Gefahr einer Leistungserschwerung getroffen haben und die Risikoverteilung dem dispositiven Recht unterstellt haben werden. In diesen Fällen ist das Leistungserschwerungsrisiko nach Maßgabe der §§ 275, 279 BGB in ihrer Modifizierung durch die hier dargelegten Regeln zuzuordnen. Das Risiko ist mit anderen Worten typischerweise auf der Grundlage dispositiver Normen zuzuweisen, die zum Teil rechtsfortbildend aus § 242 BGB unter besonderer Berücksichtigung der im BGB und seinen Nebengesetzen enthaltenen Zurechnungsprinzipien abgeleitet sind. Die ergänzende Vertragsauslegung greift jedoch dann ein, wenn der Vertrag wenigstens im Ansatz eine Störungsregelung enthält, die ergänzungsfähig und ergänzungsbedürftig ist. Können dem Vertrag von den Parteien intendierte Wertungen entnommen werden, auf deren Basis die von den Vertragspartnern nicht ausdrücklich behandelte Variante der Leistungserschwerung zugeordnet werden kann, so gebührt ihnen der Vorrang.

II. Werkvertrag

1. Die Zurechnung des Risikos an den Schuldner

Stammt die Störung, die eine Aufwandserhöhung zur Folge haben kann, aus der *neutralen* Sphäre und wirkt sie sich *unmittelbar* im Organisationsbereich des Unternehmers aus oder *entspringt* sie gar *dessen Sphäre*, so hat normalerweise der Unternehmer die dadurch verursachte Kostensteigerung auf sich zu nehmen; denn in aller Regel wird die Störung als solche oder ihr Ausmaß im Bereich des Vorhersehbaren gelegen sein. Dieser Bereich ist nach den Kriterien zu bestimmen, die für den Kauf- und Werklieferungsvertrag entwickelt worden sind.¹³⁴

Der Schuldner ist von den Folgen der Leistungserschwerung zu entlasten, wenn das ihr zugrunde liegende Risiko unvorhersehbar gewesen ist. Dies wird man wie auch beim Kauf- und Werklieferungsvertrag nur relativ selten bejahen können.¹³⁵ Nicht schon jedes ungewöhnliche Ereignis ist unvorhersehbar¹³⁶ und daher nicht

¹³² Siehe oben 1. Kap. S. 34 ff.

¹³³ Vgl. BGH, WM 73, 870 f.; Soergel-Siebert/Knopp, BGB, § 242 Anm. 392; Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 157; Larenz, GG, S. 160; Esser, JZ 58, 114 f.; Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 455; zu weit Brox, JZ 66, 766 f.

¹³⁴ Siehe oben S. 211 ff.

¹³⁵ Vorhersehbar ist z.B. eine Produktionsänderung, die die Erfüllung der Nachbesserung erschwert. OLG Köln, BB 71, 373; BGH, WM 64, 1253; RGZ 101, 77.

¹³⁶ Fälle der Unvorhersehbarkeit in der Rechtsprechung: RGZ 88, 72 (74); 98, 18; 99, 115; RG, JW 1919, 717; WarnR 1917 Nr. 197; JW 20, 434.

mehr ausreichend kalkulierbar. Im Vergleich zum Kauf- und Werklieferungsvertrag *häufiger* wird der Unternehmer von Leistungerschwerungsrisiken deshalb zu befreien sein, *weil* die Störung der *Sphäre des Bestellers entspringt* oder sich *in ihr zunächst ausgewirkt* hat, da beim Werkvertrag die Sphären von Besteller und Unternehmer stärker verzahnt sind.

2. Die Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit des Risikos durch den Besteller

Der Gesetzgeber hat Leistungerschwerungsrisiken, die aus der Sphäre des Bestellers stammen oder sich in ihr zuerst bemerkbar machen, recht stiefmütterlich behandelt.

a) Die Unzulänglichkeit der §§ 642, 645 BGB

§ 642 II BGB spricht zwar dem Unternehmer eine Entschädigung für den Fall zu, daß die der Planung entsprechende Mitwirkung des Bestellers ausbleibt. Die Höhe der Entschädigung wird aber nur an der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung bemessen. Wird die Leistung aufgrund des Gläubigerverzuges über die Notwendigkeit, die Leistungskapazität länger bereit halten zu müssen, hinaus durch andere Faktoren wie die zwischenzeitliche Verteuerung von Produktionsmitteln erschwert, so darf der Schuldner diese Mehraufwendungen nicht auf den Besteller abwälzen. Ihm bleibt nur die Möglichkeit, sich nach Ablauf einer Nachfrist vom Vertrag zu lösen (§ 643 BGB). Holt der Besteller die Mitwirkungshandlungen rechtzeitig nach, so bleibt der durch die Verteuerung von Produktionsfaktoren entstehende Schaden beim Unternehmer hängen.

Deutlicher wird die Unzulänglichkeit der gesetzgeberischen Konzeption bei Leistungerschwerungen, die aus der Mangelhaftigkeit des Stoffes oder aus falschen Anweisungen herrühren. § 645 I BGB läßt sich hier nicht unmittelbar anwenden. Kann das Werk unter erhöhtem Aufwand fehlerfrei vollendet werden, so liegen nämlich die Tatbestandsmerkmale des § 645 I BGB, denen zufolge das Werk sich wegen des Stoffmangels bzw. der Anweisungen „verschlechtert“ haben oder „unausführbar geworden“ sein muß, nicht vor. Über diese Klippe hilft auch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift nicht hinweg; denn ihre Rechtsfolgen sind nicht auf Leistungerschwerungen zugeschnitten. § 645 I BGB gesteht dem Unternehmer nur einen Anspruch auf einen der bisher geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung zu, während es in den hier angesprochenen Fällen um eine zusätzliche Vergütung geht. Diese Regelung bedarf der Korrektur. Es geht nicht an, den Unternehmer mit Leistungerschwerungsrisiken zu belasten, obwohl der Besteller Gefahren, die seiner Sphäre entspringen oder sich in ihr zunächst bemerkbar machen, typischerweise *zumindest gleich gut*, üblicherweise aber besser zu beherrschen bzw. zu absorbieren vermag. Man hat daher im Einklang mit dem Beherrschbarkeits-, Absorptions- sowie Veranlassungsgedanken teils *neue* Befreiungstatbestände zu entwickeln, teils das *Ausmaß* zu erweitern, in dem der Unternehmer nach der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption von Leistungerschwerungsrisiken entlastet wird.

b) Risikobelastung des Bestellers bei eigenem Fehlverhalten

Letzteres hat dort zu erfolgen, wo die Leistungserschwerung darauf beruht, daß der *Besteller die ihm nach dem Vertrag obliegende Handlung* nicht vereinbarungsgemäß vornimmt. Hier muß der Unternehmer in die Lage versetzt werden, den *gesamten* uneingeplanten Aufwand, der infolge der Verzögerung entsteht, auf den Besteller abzuwälzen. Zu den abwälzbaren Kosten gehören entgegen § 642 BGB beispielsweise auch die Steigerung von Arbeitslöhnen, die höheren Belastungen durch Änderungen von Steuergesetzen. Allein der Besteller vermag nämlich in der Regel die Gefahr zu *beherrschen*, daß die eingeplante Mitwirkungshandlung rechtzeitig erfolgt. Man denke nur an den Fall, daß der Besteller einer Werkzeugmaschine, die genau auf seine Bedürfnisse zugeschnitten sein soll, noch detaillierte Konstruktionspläne zu liefern hat, aus denen sich ergibt, wie er seine Zwecke verwirklichen will. Der Unternehmer hat auf die Erstellung dieser Pläne keinerlei Einfluß und kann daher auch nicht dafür sorgen, daß die optimalen Mittel zu ihrer Erarbeitung eingesetzt werden. Darüber hinaus wird der Unternehmer auch kaum jemals die Wahrscheinlichkeit, daß die Mitwirkungshandlung unterbleibt, besser als der Besteller bewerten können. Dazu sind die hier in Betracht kommenden Risiken zu eng mit der Person des Bestellers verknüpft, – mit anderen Worten: die Gefahr einer Störung ist regelmäßig zu stark durch die individuelle Beschaffenheit der bestellerischen Sphäre geprägt. Man kann deshalb vom Unternehmer auch nicht erwarten, daß er im Einzelfall das Risiko mit hinreichender Zuverlässigkeit kalkuliert und dementsprechend ausreichende Rückstellungen tätigt oder sonstige Vorkehrungen zur Absorption dieses Risikos trifft. Selbst wenn die Störung auf einen unvorhersehbaren Eingriff *höherer Gewalt* zurückgehen sollte, ist der Besteller nicht von den hierdurch ausgelösten Folgen zu befreien; denn der Unternehmer ist gleichfalls außerstande, derartige Störungen zu steuern und aufzufangen. Die gesamten Auswirkungen der Leistungserschwerung sind daher dem Besteller als Veranlasser zuzurechnen.

Ferner dürfen dem Unternehmer mangels eines Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprungs keine Leistungserschwerungsrisiken zugerechnet werden, die auf *unzulänglichen Anweisungen* des Bestellers beruhen.¹³⁷

Den Anweisungen sind *sonstige Eingriffe des Bestellers* gleichzustellen. Der BGH hat daher im „Scheunen“-Fall¹³⁸ den Unternehmer zu Recht von einer Leistungserschwerung entlastet, die durch den Eingriff des Bestellers verursacht worden war. Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Besteller hatte ohne erkennbaren Sorgfaltsverstoß Heu in die nur im Rohbau fertig gestellte Scheune eingebracht. Das Heu entzündete sich und setzte das Bauwerk in Brand. Der ursprünglichen Konzeption des BGB zufolge hätte der Unternehmer auf eigene Kosten nochmals den Rohbau errichten müssen (arg. e § 644 I 1 BGB). Der BGH

¹³⁷ So wohl BGH, NJW 69, 233 f.; im Ergebnis auch BGH, Rechtsprechung der Bauausführung Nr. 2301 Bl. 42.

¹³⁸ BGH, NJW 63, 1825.

durchbrach diese Risikoverteilung mit dem Argument, daß „der Besteller selbst die Gefahr für den Untergang des Werkes erhöht hat“. Diese Begründung ist unzureichend, da sie nicht klarstellt, warum es auf die bloße Tatsache der Gefahrerhöhung ankommen soll. Sie wird jedoch tragfähig, wenn man sie durch die Erwägung ergänzt, daß der Besteller die konkrete Brandgefahr besser als der Unternehmer erkennen und steuern konnte. Weil er im Hinblick auf das konkrete Leistungser schwerungsrisiko einen Beherrschbarkeitsvorsprung besaß, sind ihm auch die Kosten eines erneuten Rohbaues zuzuweisen.

c) Fehler des vom Besteller zu liefernden Leistungssubstrates

Gleiches gilt für Leistungser schwerungen, die aus der Mangelhaftigkeit des *vom Besteller gelieferten Leistungssubstrats* herrühren, weil die bei verkehrserforderlicher Sorgfalt unerkennbaren Stoffmängel ein Herstellungsverfahren notwendig machen, das uneingeplante Zusatzkosten mit sich bringt. Wie bereits eingehend dargelegt wurde,¹³⁹ kann in Fällen, in denen ein mangelhafter Stoff geliefert wird, der Besteller üblicherweise besser, zumindest aber ebenso gut dafür sorgen, daß er nur einen Stoff liefert, der die normale Beschaffenheit aufweist. Da der Besteller auch die Gefahr, daß sich der Stoff trotz einer mit verkehrserforderlicher Sorgfalt durchgeführten Untersuchung als mangelhaft erweist, sicherer prognostizieren und einkalkulieren kann, sind ihm die erhöhten Herstellungskosten zuzuweisen, die erforderlich werden, wenn sich die Gefahr realisiert.

d) Störungen aus der „neutralen“ Sphäre

Problematischer ist die Risiko zuordnung in der Fallgruppe, in der die Leistungser schwerung auf das *Handeln Dritter* zurückgeht, denen der *Besteller* den *Zugang* zu dem noch nicht abgenommenen Werk *verschafft hat*. Dies zeigt sich an dem vom BGH entschiedenen „Kupferfolien“-Fall.¹⁴⁰

Der Besteller ließ einen physikalischen Experimenten dienenden Kühlturm erbauen. Die zu seiner Erstellung notwendigen Arbeiten verteilte er auf mehrere Unternehmer. Einer dieser Unternehmer hatte den Innenraum mit Kupferfolien ausgekleidet. Das Werk wurde jedoch nach Fertigstellung nicht abgenommen, da seine vertragsgemäße Eignung zur Dämpfung elektromagnetischer Felder erst noch nach Errichtung der gesamten Anlage erprobt werden sollte. Auf diese Kupferfolien sollte ein anderes, auf Isolierungsarbeiten spezialisiertes Unternehmen Styropor-Platten aufbringen. Bei der Ausführung dieser Arbeiten gerieten die Styropor-Platten in Brand. Dadurch wurden die Kupferfolien so sehr beschädigt, daß ihre Erneuerung notwendig wurde.

Der ursprünglichen Konzeption der werkvertraglichen Risikoverteilung zufolge hat der Unternehmer, dem die Auskleidung mit den Kupferfolien übertragen worden war, im Verhältnis zum Besteller die Kosten der Zusatzarbeiten auf sich zu nehmen, weil das Werk noch nicht abgenommen worden war (§ 644 I S. 1 BGB).

¹³⁹ Siehe oben 3. Kap. S. 160ff, 180ff.

¹⁴⁰ BGH, NJW 70, 39ff.

Der BGH entlastete nun den Unternehmer vom Leistungerschwerungsrisiko nur insoweit, als er ihm einen Anspruch gegen den Besteller auf Abtretung der diesem gegen das Isolierunternehmen zustehenden Schadensersatzforderung zusprach. Damit mag im konkreten Fall den Interessen des Unternehmers hinreichend Rechnung getragen worden sein. Der Rechtsstreit gibt aber auch Anlaß zu überlegen, ob man diese Form der Risikoverteilung auch dann noch für sachgerecht halten darf, wenn vom schädigenden Isolierunternehmen ein Ersatz nicht zu erhalten ist. Dies wäre unter zwei Voraussetzungen denkbar gewesen. Einmal dort, wo die Störungsquelle durch das Isolierunternehmen zwar abstrakt beherrschbar, aber mit angemessenem Aufwand nicht ausschaltbar gewesen ist. Dem Isolierunternehmen kann unter diesen Bedingungen kein Verschuldensvorwurf gemacht werden, auf den eine Schadensersatzforderung gestützt werden könnte. Zum anderen geht der Unternehmer auch dann leer aus, wenn der ihm vom Besteller abgetretene Schadensersatzanspruch wertlos gewesen wäre, weil das Isolierunternehmen zahlungsunfähig ist.

Der Frage, ob in derartigen Fällen, die gerade im Baugewerbe häufig auftauchen, der Unternehmer *direkt* vom Besteller Entlastung vom Risiko einer Leistungerschwerung verlangen darf, kann daher nicht ausgewichen werden. Der BGH ließ diese Frage offen. In der Entscheidung klingt nur an, daß mit der h.M.^{140a} wohl eine analoge Anwendung des § 645 I BGB und letztlich auch der Sphärentheorie¹⁴¹ zu verneinen sei.¹⁴²

Die h.M. verwirft eine Risikoverteilung anhand des Sphärengedankens im allgemeinen mit dem Argument, daß sie sich weder dem geltenden Recht entnehmen,¹⁴³ noch aus § 242 BGB ableiten¹⁴⁴ lasse. Außerdem wird darauf hingewiesen, daß der Besteller ja ebenfalls keinen Schadensersatz bekomme, wenn sein Stoff beim Unternehmer untergehe (§ 644 I S. 2 BGB).¹⁴⁵ Schließlich solle durch eine sphärenunabhängige Zurechnung der meist sachverständigere Unternehmer angeregt werden,¹⁴⁶ alle Gefahren vorsichtig zu vermeiden oder sich zumindest dagegen zu versichern.

Die ursprüngliche Konzeption der Risikoverteilung, die allenthalben zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der Individualgerechtigkeit durchbrochen worden ist, liefert indessen keinen recht tragfähigen Pfeiler, auf den sich die Ablehnung einer auf den Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken gegründeten Sphärentheorie

^{140a} Vgl. *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 645 Anm. 1; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 46f, jeweils mit weit. Nachw.

¹⁴¹ *Erman*, JZ 65, 576; *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 128f; wohl auch *Ennecerus-Lehmann*, SchR, S. 657.

¹⁴² BGH, NJW 70, 39; ganz offen gelassen in NJW 73, 319.

¹⁴³ *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 645 Anm. 1; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 47; *Staudinger-Riedel*, BGB, § 644 Anm. 8; *Palandt-Thomas*, BGB, § 645 Anm. 3b dd; *Erman-H. H. Seiler*, BGB, § 645 Anm. 18.

¹⁴⁴ *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 645 Anm. 1.

¹⁴⁵ *Palandt-Thomas*, BGB, § 645 Anm. 3b dd. Dabei wird der Unterschied zwischen den der Höhe nach relativ unbestimmten Schadensersatzansprüchen des Bestellers und dem Ersatz für höheren Aufwand, den der Besteller veranlaßt hat, verkannt.

¹⁴⁶ *Staudinger-Riedel*, BGB, § 644 Anm. 8.

stützen ließe. Es ist auch – entgegen der Ansicht Riedels¹⁴⁷ – keineswegs so, daß der Unternehmer im Vergleich zum Besteller das Risiko durchwegs effizienter in den Griff bekommen und reibungsloser aufzufangen imstande wäre. Vielmehr liegt es in den Fällen, in denen die Störungsquelle dem Bereich des Bestellers entspringt oder sich in ihm zunächst auswirkt, immer nahe, daß der Besteller das Risiko besser steuern oder absorbieren kann. Daran darf bei der Verteilung des Leistungserschwerungsrisikos nicht vorbeigegangen werden.

Der hier diskutierte „Kupferfolien“-Fall zeigt gerade, daß der Besteller besser in der Lage war, das Risiko zu beherrschen; denn der Besteller hat den Isolierunternehmer ausgewählt, dessen Zuverlässigkeit er genauer beurteilen konnte, als dies dem Unternehmer möglich war, der die Kupferfolien aufzubringen hatte. Der Besteller hätte auch durch entsprechende Vorkehrungen dafür sorgen können, daß das bereits erstellte, aber noch nicht abgenommene Werk nicht durch das von ihm eingeschaltete Isolierunternehmen beschädigt werden konnte – mag dies auch im konkreten Fall wegen der hohen Kosten als unrentabel erscheinen.

Allerdings muß zugunsten des „Kupferfolien“-Unternehmers ein Absorptionsvorsprung konstatiert werden. Bei der Tätigkeit dieses Unternehmens scheint¹⁴⁸ die Gefahr eines Brandes zu den Risiken zu gehören, mit denen der Unternehmer häufiger zu rechnen hat. Diesen Schluß legt die Feuerversicherung nahe, die der Unternehmer abgeschlossen hatte, um sich gegen Verluste infolge einer Zerstörung des Werkes zu schützen. Da der Unternehmer ständig mit Gefahren konfrontiert wird, die aus der Einschaltung in ineinandergreifende Arbeitsprozesse resultieren, da er also typischerweise damit rechnen mußte, daß durch das Verhalten eines nach ihm tätig werdenden Unternehmers sein Werk beschädigt werden würde, konnte man von dem „Kupferfolien“-Unternehmer auch erwarten, daß er sich gegen das typische, *allgemeine*¹⁴⁹ Brandrisiko laufend versicherte. Angesichts des organisatorischen Absorptionsvorsprunges, den eine umfassende Versicherungsmöglichkeit eröffnet, tritt die Tatsache in den Hintergrund, daß der Besteller den schädigenden Unternehmer ausgewählt hat und dessen Zuverlässigkeit genauer einzuschätzen in der Lage ist. Man darf nämlich auch nicht verkennen, daß die Beurteilung des Risikofaktors „Zuverlässigkeit der Arbeitsweise des Isolierunternehmens“ doch mit relativ großen Unsicherheitsmomenten belastet ist, weil der Besteller die relevanten Daten nicht umfassend in Erfahrung zu bringen vermag. Im Vergleich zu den versicherungstechnisch organisierten Absorptionsmöglichkeiten, die vom „Kupferfolien“-Unternehmer üblicherweise in Hinblick auf ein breites Gefahrenspektrum genutzt werden, besitzen die Absorptionsmöglichkeiten des Bestellers geringeres Gewicht, obgleich er die individuelle Gefahrenintensität besser abschätzen konnte.

Geht man davon aus, daß der „Kupferfolien“-Unternehmer über einen *Absorp-*

¹⁴⁷ *Staudinger-Riedel*, BGB, § 644 Anm. 8.

¹⁴⁸ Der abgedruckte Sachverhalt des Urteils enthält insoweit nur unzulängliche Anhaltspunkte.

¹⁴⁹ Hierin liegt der Unterschied zu den Fällen des „Stoff“-Mangels, auf die § 645 I BGB zugeschnitten ist.

tionsvorsprung verfügte, so trifft dieser mit einem *Beherrschbarkeitsvorsprung des Bestellers zusammen*. Daraus folgt nun nicht ohne weiteres, daß das Risiko dem Besteller zuzuweisen wäre. Der Veranlassungsgedanke darf nämlich zu Lasten des Bestellers erst dann ins Spiel gebracht werden, wenn sich auf der Grundlage der Beherrschbarkeit und Absorption sowie anderer Risikoziordnungselemente keine Entscheidung fällen läßt. Man darf andererseits auch nicht einfach einen Vorrang des Beherrschbarkeitsgedankens postulieren. Zwar kommt der Prävention von Gefahren im Interesse eines gesamtwirtschaftlich optimalen Einsatzes knapper Mittel erhebliche Bedeutung zu. Dieses Ziel muß aber hinter eine reibungslose Bewältigung von Risikofolgen zurücktreten, wenn die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten der einen Partei relativ schwach sind und der anderen Partei breit organisierte Vorkehrungen zur Absorption von Risikofolgen offen stehen.

Das ist hier der Fall. Der Besteller vermag zwar die Zuverlässigkeit des von ihm eingeschalteten Isolierunternehmens besser als der „Kupferfolien“-Unternehmer einzuschätzen, doch ist seine Bewertung mit einem verhältnismäßig großen Unsicherheitsmoment belastet, da er die Qualität der vom Isolierunternehmen eingesetzten Arbeitnehmer nicht ganz genau beurteilen kann. Er kann daher nicht mit letzter Sicherheit das Ausmaß rentabler Schutzvorkehrungen feststellen und gegebenenfalls Risikoprämien einkalkulieren, die die Gefahr exakt abdecken. Demgegenüber findet der Unternehmer leicht Schutz in einer umfassenden Brandversicherung, die eigenes wie auch fremdes Fehlverhalten abdeckt und deren Kosten er unschwer über den Preis auf den Besteller abwälzen kann.^{149a} Es ist deshalb hier im Gegensatz zum „Scheunen“-Fall, wo es um eigenes Verhalten des Bestellers^{149b} ging, den Absorptionsmöglichkeiten des Unternehmers der Vorrang einzuräumen. Der BGH ist mithin im konkreten Fall zu Recht bei der ursprünglichen Konzeption der Risikoverteilung stehen geblieben und hat den „Kupferfolien“-Unternehmer bzw. seine Versicherung (§ 67 VVG) auf die Abtretung des Schadensersatzanspruches gegen das Isolierunternehmen verwiesen.

3. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen weisen beim Werkvertrag keine Besonderheiten gegenüber dem Kaufvertrag auf.

III. Miete

Bei der Miete sind zwei Formen des planungswidrigen Aufwandes von besonderem Interesse: einmal die Erhöhung des für die Erhaltung des Objektes eingeplanten Aufwandes; zum anderen der Verlust des Rückgabeanspruches, weil die Mietsache

^{149a} Zweifelhaft daher OLG Frankfurt, OLGZ 75, 323 ff.

^{149b} Vgl. aber OLG Frankfurt, OLGZ 75, 323 ff., das als „gefährerhöhendes Verhalten“ schon die verkehrstypische Beauftragung eines anderen Unternehmens mit Schweißarbeiten bezeichnet. Hier wird „Verhalten“ nicht im Sinne der Veranlassung, sondern als Indiz für Informationsnähe als rechtserheblich angesehen.

ohne Verschulden des Vermieters untergegangen ist. Die Einordnung der zweiten Fallgruppe in die Kategorie des planungswidrigen Aufwandes wirkt zunächst überraschend; denn beim Kauf und beim Werklieferungsvertrag war es darum gegangen, ob der Schuldner frei werden soll, obwohl die Leistung weiterhin möglich ist, während hier der Nebenleistungsanspruch auf Rückgabe unmöglich ist. Die unterschiedliche dogmatische Konstruktion der Ansprüche sollte jedoch nicht den Blick dafür verstellen, daß es hier um verwandte Sachprobleme geht. Aus der Sicht des Vermieters ist die Zerstörung des Mietobjektes, für das er keinen Ersatz erhält, ein planungswidriger Aufwand, da er seiner Planung zufolge im Rahmen des Mietvertrages nur die Gebrauchsmöglichkeit sowie die Abnutzung, nicht aber das Objekt selbst aufopfern wollte. Es geht also hier, wie in den Fällen, in denen der Schuldner höhere Aufwendungen für Material tätigen müßte, um die Frage, in welchem Umfang der Vermieter aufgrund von Gefahren Verluste hinnehmen muß, die er, indem er das Mietobjekt dem Mieter zur Verfügung stellte, in dessen Interesse gelaufen ist.

1. Die Zurechnung vorhersehbarer Risiken an den Vermieter

Gemäß § 536 BGB hat der Vermieter die vermietete Sache während der Mietzeit im vertragsgemäßen Zustand zu erhalten. Der Vermieter hat also u.a auch alle *Schäden zu beheben*, die ohne ein Verschulden des Mieters im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauches (§ 548 BGB) entstanden sind. Mit dem Prinzip abstrakter Beherrschbarkeit ist diese Regelung nicht zu vereinbaren. Zum Beispiel hätte der Mieter eines Kraftfahrzeuges, der ohne Verschulden in einen Unfall verwickelt wird, das Risiko zweifellos besser als der Vermieter kontrollieren können, der nicht einmal weiß, wo sich das Fahrzeug während der Mietdauer befindet.¹⁵⁰ Der klare Beherrschbarkeitsvorsprung des Mieters zwingt indessen keineswegs zu einer Restriktion des § 536 BGB. Der Vermieter vermag nämlich in aller Regel die dem Mietobjekt drohenden Schäden leichter zu absorbieren, als dies dem Mieter möglich wäre. Der Vermieter wird vielfach den Wert des Mietobjektes und damit das Ausmaß des Risikos exakter bewerten können. Vor allem ist der Vermieter in der Lage, mit geringerem Aufwand für ausreichende Rücklagen zu sorgen; denn der Mieter nutzt normalerweise das Mietobjekt nur für eine begrenzte Zeit. Jeder Mieter müßte daher von neuem anfangen, wertabhängige Rückstellungen für die mit der Benutzung des Mietobjektes verbundenen Gefahren zu machen. Der Vermieter ist dagegen imstande, trotz wechselnder Mietverhältnisse das Risiko zu bündeln und langfristig für die mit dem vertragsgemäßen Gebrauch verbundene Abnutzung und Beschädigung Rücklagen zu bilden. Da sich der Vermieter nur Schäden zurechnen lassen muß, die im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs entstehen, braucht er auch nicht zu befürchten, daß die Kalkulation der potentiellen Schäden durch eine extreme Heterogenität der Risikofaktoren unzumutbar wird. Der Absorptionsvorsprung des Schuldners wird noch deutlicher, wenn man die Versicherungsmöglich-

¹⁵⁰ OGHZ 2, 207; BGHZ 2, 186.

keiten in die Beurteilung einbezieht. Wollte man jeden der Mieter zwingen, das Mietobjekt zu versichern, so würden dadurch die Versicherungskosten unnötig in die Höhe schnellen. Der Vermieter vermag eine einheitliche Versicherung für eine Vielzahl von Mietverhältnissen einzugehen. Auf diese Weise vermeidet er den ständigen Anfall von Abschlußkosten.

Daneben mag auch der Gedanke, daß der Mieter aus sozialpolitischen Gründen Schutz verdiene, über die Risikozurechnung bei anfänglichen Sachmängeln (§ 538 I BGB) hinaus bei der Zuordnung der Gefahr einer Beschädigung des Mietobjektes dazu beigetragen haben, daß dem Absorptionsvorsprung des Vermieters der Vorrang vor dem Beherrschbarkeitsvorsprung des Mieters eingeräumt wurde. Jedenfalls besteht angesichts der besonderen Absorptionsmöglichkeiten des Vermieters kein Anlaß, bei vorhersehbaren Risiken die gesetzgeberische Entscheidung zu korrigieren.

Das gleiche gilt für den Fall, daß das Mietobjekt, während es sich im Machtbereich des Mieters befindet, *zerstört* wird und daher nicht zurückgegeben werden kann. Die Regelung des Gesetzgebers, daß der Mieter bei unverschuldeter Unmöglichkeit keinen Wertersatz zu leisten braucht, ist somit zu respektieren.

2. Die Zurechnung unvorhersehbarer Risiken

Geht das Mietobjekt infolge eines unvorhersehbaren Ereignisses *unter*, so darf der Vermieter im Einklang mit der vom historischen Gesetzgeber gewollten Risikoverteilung (unverschuldete Unmöglichkeit) das Risiko nicht auf den Mieter abwälzen und *Wertersatz* verlangen, obwohl der Mieter es veranlaßt hatte. Das Veranlassungsprinzip wird nämlich grundsätzlich auch bei unvorhersehbaren Störungen, die das zur Leistung eingesetzte Objekt treffen, vom Absorptionsvorsprung des Vermieters überlagert. Selbst wenn sich der Vermieter im Einzelfall gegen die außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegende Gefahr nicht versichern kann, so wäre es doch ungerecht, dem Mieter das Risiko aufzuerlegen. Der Mieter müßte nämlich aus seinem Vermögen Werte abziehen und eventuell unter großen Verlusten versilbern, um den Vermieter von den Risikofolgen zu entlasten, während der Vermieter nur auf eine weitere Nutzung des Mietobjektes zu verzichten braucht. Der Gesetzgeber hat daher im Grenzfall eines unvorhersehbaren planungswidrigen Aufwandes zu Recht den Beharrungsinteressen den Vorrang vor den auf das Veranlassungsprinzip gestützten Veränderungsinteressen eingeräumt.

Daraus darf freilich nicht der Schluß gezogen werden, daß der Vermieter nun auch jedes unvorhersehbare Aufwandserhöhungsrisiko zu tragen hat. Dem Vermieter bleibt es nur verwehrt, vom Mieter Ersatz des Mehraufwandes zu verlangen. Er ist aber bei *unvorhersehbaren* Störungen, die er nur unzulänglich zu absorbieren vermag, nicht seinerseits verpflichtet, *Investitionen zu tätigen*, die er nicht eingeplant hatte. Diese Form der Risikoentlastung spielt in all den Fällen eine Rolle, in denen der Vermieter sich mit einem unvorhersehbaren¹⁵¹ Aufwand für die Instand-

¹⁵¹ Vgl. BGH, NJW 57, 826 „vorhersehbar begrenzte Lebensdauer“.

haltung des Mietobjektes konfrontiert sieht. Der BGH¹⁵² hat deshalb zutreffend den Vermieter in einem Fall, in dem die Zentralheizung und der Fahrstuhl durch Kriegseinwirkungen zerstört worden waren, von der Pflicht aus § 536 BGB befreit, diese Einrichtungen wieder instandzusetzen. Kriegerische Auseinandersetzungen sind zwar im Rahmen von langfristigen Verträgen nichts Außergewöhnliches. So hätte der Vermieter beispielsweise damit rechnen müssen, daß infolge eines Krieges die Arbeitslöhne und damit die Kosten für die laufende Unterhaltung des Mietobjektes steigen. Die ungeheuren Zerstörungen an Wohnraum, die der zweite Weltkrieg weit entfernt von den Grenzen mit sich gebracht hatte, lagen aber für den typischen Vermieter, der zu Friedenszeiten einen langfristigen Mietvertrag abgeschlossen hatte, außerhalb aller Wahrscheinlichkeit.

Der BGH begründete die Entlastung des Vermieters nicht mit der Unvorhersehbarkeit dieser Form planungswidrigen Aufwandes und der daraus resultierenden Unmöglichkeit, ihn mit Hilfe ausreichender Risikorücklagen aufzufangen. Er beschränkte sich vielmehr darauf, die „eigenen berechtigten Belange“ des Vermieters mit der Intensität, mit der die vertragsgemäße Nutzung beeinträchtigt wird, abzuwägen: Dabei legte er das Schwergewicht auf den Umstand, daß der Mieter nur auf die Nutzung der sogenannten „Komforteinrichtungen“ verzichten müsse. Der Vermieter dürfe daher, bevor er sich entschließen müsse, die Anlagen unter erheblichen Kosten wiederherzustellen, auf eine angemessene Verzinsung seines in dem Grundstück steckenden Eigenkapitals bedacht sein. Diese Wertung hätte die – abwegige – Konsequenz, daß der Vermieter Reparaturen verweigern dürfte, wenn entweder die Zinsen auf dem Kapitalmarkt so gestiegen oder infolge eines Überangebotes an Mietobjekten die Mietpreise so gefallen sind, daß eine „angemessene Verzinsung des Eigenkapitals“ nicht mehr möglich ist. An diesem Fall zeigt sich deutlich, daß eine sichere Entscheidungsgrundlage nicht allgemeine Erwägungen über Treu und Glauben¹⁵³ bieten, sondern eine folgerichtige Konkretisierung der auf dem Gedanken der „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“ und „Absorption“ basierenden Zurechnungsprinzipien.

3. Der Einfluß des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips auf Vereinbarungen, die vom dispositiven Recht abweichen

Die Zurechnungselemente der Veranlassung, Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit erlauben nicht nur eine sachgerechte Korrektur des dispositiven Rechts, sondern auch eine angemessene Risikoverteilung in den Fällen, in denen der Mieter *entgegen dem dispositiven Recht* das Risiko von Schäden *auf sich genommen* hat. Hat sich der Mieter beispielsweise verpflichtet, die Gefahr einer Zerstörung des Mietobjektes zu tragen, so muß er sich angesichts seines Beherrschbarkeitsvor-

¹⁵² BGH, DB 59, 1285 f.

¹⁵³ Vgl. auch BGH, NJW 57, 826, wo davon die Rede ist, daß die Reparatur eines kriegsbeschädigten Hauses die „Opfergrenze“ übersteige.

sprunges auch bei unerwarteten Störungen an dieser Abrede festhalten lassen. Die typischen Absorptionsmöglichkeiten des Vermieters können hier nicht zu dessen Lasten ins Feld geführt werden, da der Vermieter im Vertrauen auf die vertragliche Abrede nicht nur auf eine Versicherung des Mietobjektes, sondern auch auf die Kalkulation von Risikoprämien und die Rücklagenbildung verzichtet haben wird.

Die Rechtsprechung hat deshalb mit Recht dem Mieter das Risiko des Wertersatzes für Geräte aufgebürdet, die während des Krieges nach „Einheitsmietverträgen“ angemietet worden sind und infolge von Kriegsereignissen untergingen. Dem hier einschlägigen Urteil des OGH¹⁵⁴ lag die Vermietung eines Baggers für kriegswichtige Aufgaben zugrunde, der bei Kriegsende in Dänemark zurückgelassen werden mußte. Der BGH¹⁵⁵ hatte über einen Fall zu befinden, in dem die vermieteten Feldbahngleise infolge von Kriegsauswirkungen in Pommern verloren gingen. In beiden Verträgen verpflichtete sich der Mieter – in Abweichung vom dispositiven Recht – bei Verlust der Geräte zur Lieferung eines gleichwertigen Objektes, gegebenenfalls zum Wertersatz,¹⁵⁶ auch wenn er den Verlust nicht zu vertreten gehabt hat (§ 11 EMV).¹⁵⁷ Die Mieter waren der Ansicht, sie hätten die Verlustgefahren nur zu tragen, soweit sie ihrerseits vom Reich Ersatz nach der Kriegsschädenverordnung bekommen könnten. Diese Voraussetzung sei jedoch entfallen.

Beide Gerichte verurteilten die Mieter zum Ersatz der verlorengegangenen Mietobjekte. Sie betonten, diese Risikoverteilung sei in erster Linie deshalb gerechtfertigt, weil damit verhindert werden sollte, daß der Mieter das fremde Gerät bewußt an den gefährdeteren Stellen einsetze, um die eigenen Mittel zu schonen. Auch hätte der Vermieter keinerlei Einfluß auf den Einsatz der Mietsache gehabt; der Mieter sei zuletzt im Besitz des Gerätes gewesen und habe allein die Möglichkeit besessen, Sicherungs- und Rettungsmaßnahmen einzuleiten.¹⁵⁸ Außerdem habe der Mieter die Gelegenheit der Versicherung und notfalls des Rückgriffes gegen das Reich gehabt. Daß sich die letztere Möglichkeit später als nicht realisierbar erwiesen habe, begründe keinen Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dieses Risiko sei vorhersehbar gewesen. Jedenfalls führe die vereinbarte Risikoverteilung nicht zu mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin unvereinbaren Ergebnissen.¹⁵⁹

Gegen das Argument, es sei „vorhersehbar“ gewesen, daß das Reich als letzter Schadensträger ausfalle, hat freilich Kegel¹⁶⁰ berechtigterweise eingewandt, daß insoweit keine Abschlußfreiheit bestanden habe. Man habe vom Mieter kaum erwar-

¹⁵⁴ OGHZ 2, 202.

¹⁵⁵ BGHZ 2, 177.

¹⁵⁶ Es geht hier also nicht um den Ersatz des positiven Interesses.

¹⁵⁷ § 11 Einheitsmietvertrag für Baugeräte, Deutscher Reichsanzeiger 1940 Nr. 132 vom 8. 6. 1940.

¹⁵⁸ BGHZ 2, 185 f.; OGHZ 2, 207.

¹⁵⁹ OGHZ 2, 208 f. Der BGH (BGHZ 2, 183 f.) beruft sich darauf, daß es bei Normenverträgen keine Geschäftsgrundlage gebe, da sich der Mieter einer fertig bereitliegenden Rechtsordnung unterwerfe.

¹⁶⁰ Kegel, JZ 51, 402.

ten können, daß er Zweifel am „Endsieg“ hätte äußern sollen. Daraus folgt indessen nicht, daß die Mieter von den von ihnen übernommenen Risiken zu entlasten gewesen wären. Entscheidend ist nämlich, wie die Rechtsprechung zu Recht hervorhebt, daß die Mieter in aller Regel einen klaren Beherrschbarkeitsvorsprung besaßen. Sie allein konnten darüber befinden, ob sie eigenes oder angemietetes Gerät in gefährdeten Frontabschnitten einsetzten und mit welchen Mitteln sie es gegen Kriegseinwirkungen schützten. Dem stand kein überwiegender Absorptionsvorsprung des Vermieters gegenüber; denn, abgesehen davon, daß sich der Vermieter auf die Risikoübernahme durch den Mieter verlassen durfte, basierten die hoheitlich fixierten Mietpreise auf der Risikobelastung des Mieters. Sie enthielten mithin keine Risikoprämie, aus der die Vermieter das Risiko hätten abdecken können.

Bei evident *unbeherrschbaren oder unvorhersehbaren Störungen* entfällt zwar der Beherrschbarkeitsvorsprung des Mieters. Das allein rechtfertigt es aber nicht, ihn von dem vertraglich übernommenen Risiko zu befreien. Der Mieter hat eine Risikoverteilung vereinbart, die bewußt vom dispositiven Recht abweicht, das den Beharrungsinteressen Vorrang vor den Veränderungsinteressen einräumt. Er hat sich also damit einverstanden erklärt, daß die das dispositive Recht bestimmende Wertung in ihrem Verhältnis keine Rolle spielen solle. Eine Zuordnung des Risikos an den Vermieter kann auch nicht aus dem Absorptionsgedanken hergeleitet werden. Dort wo evident unbeherrschbare, *aber vorhersehbare* Störungen, wie z.B. hoheitliche Akte, wirksam werden, hat der Vermieter mit Rücksicht auf die vertragliche Übereinkunft die Bildung von Rücklagen unterlassen. Es ist hier Aufgabe des Mieters, wirksame Vorkehrungen in Form von Versicherungen oder eigenen Rückstellungen dafür zu treffen, daß er die Folgen einer partiellen oder totalen Zerstörung des Mietobjektes reibungslos auffangen kann. Bei unvorhersehbaren Störungen ist allerdings auch der Mieter außerstande, ausreichende Risikoprämien einzukalkulieren. Da hier beide Parteien nur über unzureichende Absorptionsmöglichkeiten verfügen, gibt der Veranlassungsgedanke den Ausschlag. Das Risiko ist demnach in dieser Fallvariante ebenfalls dem Mieter als Veranlasser zuzurechnen.¹⁶¹

4. Rechtsfolgen

Grundsätzlich hat der Vermieter das Risiko des planungswidrigen Aufwandes zu tragen. Bei denjenigen unvorhersehbaren Aufwandssteigerungen, die ihm nicht voll zugerechnet werden können, darf er vom Mieter keine Erhöhung des Entgeltes zur Deckung der Mehraufwendungen verlangen. Er wird nur von seiner Pflicht aus § 536 BGB frei, das Leistungsobjekt wie geplant instandzuhalten. Der Mieter hat in Fällen, in denen sich der Vermieter auf die Befreiung von seiner Verpflichtung beruft, das Recht, innerhalb einer angemessenen Frist zu kündigen.

¹⁶¹ Eine Ausnahme gilt freilich dort, wo sich ein bestimmtes Risiko bei jedem potentiellen Mieter realisiert hätte, beispielsweise eine gegen den Eigentümer gerichtete Beschlagnahme gewisser Gerätearten durch deutsche Behörden.

IV. Darlehen

Die gesetzliche Risikoverteilung bei Darlehensverträgen, die richtiger Ansicht zufolge zu den gegenseitigen Austauschverträgen gehören,¹⁶² bedarf ebenfalls der Korrektur, um das Risiko planungswidrigen Aufwandes angemessener zu verteilen.

Der Gesetzgeber hat in § 610 BGB nur einem einzigen Fall eines potentiellen Verlustes Rechnung getragen. Im übrigen hat er aber die Gefahr planungswidrigen Aufwandes nach allgemeinen Grundsätzen verteilt. Dies führt bei dem hier allein interessierenden¹⁶³ Sachdarlehen nicht nur dazu, daß alle Störungen, die die Bereitstellung der als Darlehen geschuldeten Sachen erschweren, bis zur Grenze der Unmöglichkeit irrelevant sind, sondern auch dazu, daß der Darlehensnehmer frei wird, wenn die Rückerstattung von Sachen gleicher Art, Güte und Menge unmöglich wird (§ 275 I BGB).¹⁶⁴

Zwei Fälle verdeutlichen die hier angeschnittene Problematik. Einmal kann die Rückerstattung von darlehensweise hingegebenen Aktien unmöglich werden, weil die Aktiengesellschaft während der Laufzeit des Darlehens in Konkurs fällt und liquidiert wird. Zum anderen ist an die Konstellation zu denken, daß das Darlehen aus Gold besteht, das der Darlehensnehmer alsbald veräußert. Der Erlös wird investiert. Vor Ablauf des Kredites wird der Besitz von Gold verboten und alle Bestände in privater Hand werden zu dem zuletzt gültigen Marktpreis eingezogen.

Die Fallgruppe, daß die Bereitstellung der vom Darlehensgeber versprochenen Sache nur unter erhöhtem Aufwand möglich ist, bietet gegenüber der Leistungerschwerung bei Gattungskäufen keine Besonderheit. Es kann daher auf die im Zusammenhang mit dem Typus Kaufvertrag erarbeiteten Ergebnisse verwiesen werden. Einer gesonderten Behandlung bedürfen nur die Fälle, in denen die Rückerstattung gleichartiger Sachen unmöglich wird.

1. Die Lösungsvorschläge der Literatur bei einer Unmöglichkeit der Rückerstattung

In der Literatur wurde vorgeschlagen, das Risiko, daß die Rückerstattung, zu der der Darlehensnehmer gemäß § 607 BGB verpflichtet ist, unmöglich wird, mit Hilfe des Bereicherungsrechts und des § 281 BGB dem Darlehensnehmer zuzuweisen.¹⁶⁵

§ 281 I BGB paßt jedoch schon vom Wortlaut her nicht. Veräußert der Darlehensnehmer die ihm übereigneten Sachen, so stellt der damit erzielte Erlös kein Surrogat dar, das er an den Darlehensgeber zurückerstatten müßte; denn es ist ja gerade der Sinn eines Darlehens, daß der Darlehensnehmer mit dem Kapital nach Belieben verfährt und daraus seinen Nutzen zieht, nicht aber, daß er es aufbewahrt, um es nach Ablauf der Frist wieder an den Darlehensgeber herauszugeben. Der Umstand, der die Erfüllung der Verpflichtung unmöglich macht, ist daher nicht die Veräußerung des Kapitals, sondern das Ereignis, das die Wiederbeschaffung gleichartiger Güter verhindert. Durch dieses Ereignis erlangt der Darlehensnehmer aber weder einen Ersatz noch einen Ersatzanspruch.

Ebensowenig hilfreich ist der Hinweis auf das Bereicherungsrecht.

Eine unmittelbare Anwendung der §§ 812 ff BGB scheitert daran, daß der Darlehensnehmer mit Rechtsgrund erworben hat. Dieser Rechtsgrund verbietet es auch, dem Darlehensnehmer

¹⁶² Larenz, SchR II, S. 190f mit weit. Nachw.

¹⁶³ Leistungerschwerungen im Zusammenhang mit reinen Geldschulden bleiben in dieser Untersuchung ausgeklammert. Siehe oben S. 5.

¹⁶⁴ So *Staudinger-Riedel*, BGB, § 607 Anm. 18. Die Anwendung des § 279 BGB scheidet aus, da die Rückerstattung objektiv unmöglich ist.

¹⁶⁵ *Planck*, BGB, 1. u. 2. Aufl., § 607 Anm. 4; *Staudinger-Riedel*, BGB, § 607 Anm. 18; unter Hinweis auf § 242 BGB *Planck-André*, BGB, 3. Aufl., § 607 Anm. 6.

die Vorteile zu entziehen, die er regelmäßig mit Hilfe des Darlehens erzielt hatte und die der Darlehensgeber aller Wahrscheinlichkeit nach nicht hätte erzielen können. Ein auf den Nutzen abstellender Bereicherungsausgleich ist nur dort angebracht, wo die gesamte Vereinbarung gestört ist.¹⁶⁶ Hier, wo der Gesetzgeber nur ein Risiko unsachgemäß zugeordnet hat, bedarf es lediglich einer partiellen Korrektur der Bestimmungen über die Rückerstattungspflicht. Damit wird zugleich vermieden, daß sich der Nachfrager gemäß § 818 III BGB¹⁶⁷ darauf berufen kann, er habe aus dem Darlehen keinerlei Nutzen zu erzielen vermocht.¹⁶⁸

Eine angemessene Risikoverteilung ist auf der Basis der ursprünglichen Gesetzeskonzeption nicht realisierbar. Es muß deshalb auch hier das Risikoverteilungssystem geändert werden.

2. Die Risikoverteilung auf der Grundlage des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips

Der Untergang der Forderung auf Rückgewähr gleichartiger Güter stellt aus der Sicht des Darlehensgebers einen planungswidrigen Aufwand dar; denn der Planung des Darlehensgebers zufolge soll die Erfüllung seiner Verpflichtung nur den zeitweiligen Verzicht auf die Nutzung des Kapitals,¹⁶⁹ nicht aber dessen endgültigen Verlust mit sich bringen. Das Risiko, daß das ausgeliehene Kapital nicht in Gegenständen gleicher Art und Güte zurückerstattet werden kann, hat der Darlehensnehmer veranlaßt, in dessen Interesse der Darlehensgeber vorübergehend auf eigene Nutzung und Verwertung des Kapitals verzichtet hat. Die mit der Rückerstattung der Darlehensobjekte verbundenen Probleme wären nämlich nicht entstanden, wenn der Darlehensgeber die darlehensweise versprochenen Gegenstände in seiner Verfügungsmacht behalten hätte, da er sie dann noch rechtzeitig versilbern könnte, bevor sie untergehen bzw. ihr Besitz verboten wird. Werden lediglich Transaktionen untersagt, so bliebe der Kapitalinhaber von diesem Verbot insoweit unberührt, als er die Objekte anderweit nutzen könnte. Würde er auf eine darlehensweise Übertragung verzichten, so würde er ferner dem Risiko entgehen, daß die als Darlehen ausgeliehenen Objekte sowie vergleichbare Gegenstände völlig vom Markt verschwinden.

Ist das Risiko, daß die Rückerstattung von Gegenständen gleicher Art und Güte unmöglich wird, *vorhersehbar*, so wird es der Darlehensnehmer vielfach besser steuern können, weil er imstande ist, sich rechtzeitig mit Sachen der empfangenen Art einzudecken. Im „Aktien“- und „Gold“-Fall ist das Risiko aber auch dann, wenn es vorhersehbar gewesen war, *evident unbeherrschbar*, da der Darlehensnehmer weder die Liquidation der Aktiengesellschaft abzuwenden, noch das hoheitliche Verbot, Gold zu besitzen, zu verhindern in der Lage ist.

Der Darlehensnehmer verfügt jedoch über einen Absorptionsvorsprung, der es rechtfertigt, ihm das Risiko zuzurechnen. Da die Gefahr aus der neutralen Sphäre stammt und der Darlehensnehmer in der Regel auf die Beschaffung von Sachen der darlehensweise übereigneten Qualität nicht spezialisiert ist, muß man zwar davon ausgehen, daß das Risiko von beiden Parteien gleich gut kalkuliert werden kann. Der Darlehensnehmer vermag indessen leichter die für die Absorption des Risikos notwendigen Vorkehrungen zu treffen. Würde man beispielsweise im Aktienfall¹⁷⁰ die Absorptionslast dem Darlehensgeber auferlegen, der die Wahrscheinlichkeit, daß die Aktiengesellschaft während des Laufes des Darlehens liquidiert wird und sein Rückerstattungsanspruch deshalb gänzlich ausfällt, mit 20% bewertet, so müßte der Darlehensgeber die Zinsen entsprechend erhöhen, um das Risiko aufzufangen, daß er sich selbst nicht mehr rechtzeitig von den Aktien trennen kann. Der Darlehensnehmer hätte also

¹⁶⁶ Kritisch insoweit auch *Wieling*, AcP 169, 149 ff.

¹⁶⁷ Jedenfalls der herrschenden Saldotheorie zufolge. Vgl. *Larenz*, SchR II, S. 441 ff.

¹⁶⁸ Vgl. *Maydell*, Geldschuld aaO, S. 214.

¹⁶⁹ Vgl. *Woll*, Volkswirtschaftslehre aaO, S. 195.

¹⁷⁰ Siehe oben S. 156.

höhere Zinsen zu bezahlen und müßte außerdem mit 80% Wahrscheinlichkeit damit rechnen, daß er die vollen Aufwendungen zur Rückzahlung des Kapitals zu machen hat.

Bürdet man umgekehrt von vornherein das Risiko dem Darlehensnehmer auf, so braucht dieser lediglich, gleichgültig ob die Aktiengesellschaft in Liquidation gerät oder nicht, einen *festen Betrag* einzukalkulieren, den er entweder zum Erwerb gleichartiger Sachen aufwenden oder unmittelbar an den Schuldner abführen muß. Der Darlehensnehmer kann also mit relativ festen Daten kalkulieren und braucht außerdem nicht höhere Zinsen zu zahlen, denen nur die Hoffnung auf einen Untergang der Aktiengesellschaft gegenübersteht. Anders als der Mieter wird auch der Darlehensnehmer durch die Risikobelastung nicht gezwungen, zusätzliche Mittel freizumachen. Wird das Mietobjekt zerstört, so müßte der Mieter, der Wertersatz zu leisten hätte, Mittel besorgen, die nicht nur die *vorübergehenden* Gebrauchsmöglichkeiten des Mietobjektes, sondern dessen gesamten Wert repräsentieren. Beim Darlehen ist hingegen das Kapital *zunächst voll* in das Aktivvermögen des Darlehensnehmers geflossen und hat es entsprechend vergrößert; denn der Empfänger des Aktienkapitals konnte beispielsweise die Aktien rechtzeitig versilbern und sich dadurch liquide Mittel verschaffen, die von der Liquidation der Aktiengesellschaft unberührt bleiben. Mit diesen Mitteln vermag er auch unschwer die Pflicht, gegebenenfalls an Stelle einer Rückerstattung von Aktien gleicher Art und Güte Wertersatz leisten zu müssen, zu erfüllen. Hier spielt also ausnahmsweise die Vermögenslage der Parteien für die Konkretisierung des Absorptionsgedankens eine Rolle. Es darf dabei nur nicht verkannt werden, daß es für die Absorption des Risikos der Unmöglichkeit, gleichartige Güter zurückzugeben, nicht auf die „deep pocket“ der Vertragspartner ankommt.¹⁷¹ Maßgeblich für die Bejahung eines Absorptionsvorsprungs der Darlehensnehmer ist vielmehr die Tatsache, daß die finanziellen Ressourcen einer der Parteien *gerade* durch die Leistung der anderen Partei *in einem Ausmaß* vermehrt worden sind, das sich mit den Folgen der Leistungerschwerung weitgehend *deckt*. Mit diesen Mitteln kann der Darlehensnehmer das Risiko reibungslos auffangen. Hiergegen darf man auch nicht einwenden, daß der Darlehensnehmer diese Mittel verbraucht haben oder daß sich seine Investitionen als unrentabel erweisen könnten. Diese Verluste gehen ebenso wie mangelnde finanzielle Liquidität zu Lasten des Darlehensnehmers, in dessen Entscheidungsgewalt die Verwendung des Kapitals liegt.¹⁷² Der Darlehensnehmer hat das Risiko somit auch dort zu tragen, wo er offensichtlich außerstande ist, dafür zu sorgen, daß die Rückerstattung möglich bleibt.

Ist die Gefahr *unvorhersehbar* gewesen, so gelten die für einen Absorptionsvorsprung des Darlehensnehmers ins Feld geführten Argumente gleichermaßen. Der Darlehensnehmer ist mithin grundsätzlich zum Wertausgleich verpflichtet, gleichgültig, ob die Gefahr vorhersehbar war oder außer aller Wahrscheinlichkeit lag. Natürlich kann er sich dieser Pflicht nicht durch einen Rücktritt entziehen, da er dann die Investitionen des Darlehensgebers ersetzen müßte, also wiederum zum Wertausgleich verpflichtet wäre.

Freilich hat es den Anschein, als ob man von dem hier vertretenen Standpunkt aus dem Darlehensnehmer auch das Risiko auferlegen müßte, daß der *Wert von Gütern „der geschuldeten Art“ fällt*. Bei einem bloßen Kursverfall, der sich im Bereich des Vorhersehbaren bewegt, sollte man indessen dieses Ergebnis vermeiden und bei der Regelung des § 607 I BGB stehen bleiben, der den Darlehensnehmer verpflichtet, nur Sachen „gleicher Art und Güte“, aber nicht gleichen Wertes zurückzuerstatten.¹⁷³ Hier sollte man Praktikabilitäts Erwägungen den Vorrang einräumen. Würde man einen Wertausgleich durch den Darlehensnehmer für gerechtfertigt halten, so hätte man in jedem Falle den Wert bei Vertragsschluß festzusetzen. Diese Bewertung müßte, wie die §§ 587 ff BGB zeigen, den Parteien überlassen bleiben. Machen die Parteien von der Möglichkeit keinen Gebrauch, die Rückerstattung nach Schätzwert zu verein-

¹⁷¹ Siehe oben 2. Kap. S. 90f.

¹⁷² Vgl. auch *Bettermann*, RdA 75, 7.

¹⁷³ „Gleiche Güte“ im Sinne des § 607 I BGB bedeutet nicht „gleichen Wert“. Vgl. *Maydell*, Geldschuld aaO, S. 95f, 211f m. w. Nachw.; a. A. *Bettermann*, RdA 75, 6.

baren, so sollte nicht der Richter gezwungen werden, ex post den Anfangswert festzusetzen, sondern diejenige Methode der Rückerstattung gewählt werden, deren Erfüllung sich am leichtesten kontrollieren läßt. Das ist ohne Zweifel die ausschließlich an Art, Qualität und Menge des Gutes ausgerichtete Leistung. Diese Form der Risikoverteilung ist um so mehr gerechtfertigt, als der Darlehensgeber, der nach Ablauf des Kredites Sachen zurückerhält, die im Wert gefallen sind, keineswegs immer endgültig einen Verlust erleidet, sondern durchaus noch damit rechnen kann, daß der Wert der Güter wieder steigt.¹⁷⁴

Ist bei Vertragsschluß ein gravierender Kursverfall *jenseits aller Wahrscheinlichkeit* gelegen, so muß jedoch dem Darlehensgeber ein Anspruch auf angemessenen Wertausgleich zugestanden werden. Dieses vom Darlehensnehmer veranlaßte Risiko konnte nämlich der Darlehensgeber überhaupt nicht einkalkulieren und damit auch nicht auffangen, während dem Darlehensnehmer die Absorption mit Hilfe des ihm zugeflossenen und rechtzeitig verwertbaren Kapitals möglich ist. Der Ausgleich darf nicht allein die Differenz zwischen den Werten bei Hingabe und Rückerstattung des Darlehens widerspiegeln, sondern muß auch der Chance einer späteren Wertsteigerung ausreichend Rechnung tragen.

3. Zusammenfassung

Es kann mithin festgehalten werden, daß sich der Darlehensgeber grundsätzlich das unvorhersehbare Risiko, für die Bereitstellung des Darlehens erhöhten Aufwand treiben zu müssen, nicht zurechnen lassen muß. Wird die Rückerstattung unmöglich, so hat der Darlehensnehmer normalerweise Wertausgleich zu leisten. Bei einem Kursverfall trifft ihn diese Verpflichtung nur, wenn die Störung gänzlich unvorhersehbar war.

V. Vertrag über die Bestellung von Sicherheiten

Das starre System der Verteilung von Risiken planungswidrigen Aufwandes ist auch bei Verträgen über die Bestellung von Sicherheiten aufzulockern.

Bei diesen kaufähnlichen Verträgen¹⁷⁵ ist ebenso wie bei einem Darlehen mit zwei Formen planungswidrigen Aufwandes zu rechnen: einmal mit einer Erhöhung des Aufwandes für die Bereitstellung der Sicherheit und zum anderen damit, daß die Sicherheit nach Deckung der persönlichen Schuld nicht mehr in das Vermögen des Sicherungsgebers zurückkehrt (Unmöglichkeit der Rückgabe).

Die erste Variante weist gegenüber sonstigen, bislang erörterten Vertragstypen keine Abweichungen auf; es kann daher auf die dort entwickelten Zurechnungsregeln verwiesen werden.¹⁷⁶

Stärker vom Typus des Sicherungsgeschäfts geprägt ist die zweite Variante des planungswidrigen Aufwandes, die Doppelbelastung durch nachträglichen Untergang des Sicherungsobjektes.

Das zeigt sich deutlich an einem vom BGH¹⁷⁷ entschiedenen Streit aus dem Bereich der Grundpfandrechte. Ein Darlehensnehmer hatte zur Sicherung der Rückzahlungspflicht auf seinem Grundstück eine Hypothek bestellt. Das Grundstück verkaufte er später mit der Innenabrede weiter, daß der Erwerber die Hypothek tilgen sollte. 1948 wurde die Hypothek

¹⁷⁴ Vgl. Wieacker, Festschrift Wilburg, S. 250 sowie oben S. 234.

¹⁷⁵ § 445 BGB. Jedenfalls liegt ein gegenseitiger Vertrag vor. DNotZ 63, 35 (38); Baur, Sachenrecht, § 45 II; Felgentraeger, Festschrift für J. v. Gierke, S. 146.

¹⁷⁶ Siehe oben S. 211 ff.

¹⁷⁷ BGH, NJW 52, 420 f.

enteignet. Der Darlehensgeber nahm nunmehr den persönlichen Schuldner in Anspruch. Dieser wandte ein, daß er dadurch genötigt werde, zweimal zu zahlen. Er habe für das Grundstück nur einen geminderten Erlös erzielen können, da im Innenverhältnis der Erwerber verpflichtet gewesen sei, die Hypothek zu tilgen. Dieser Anspruch sei gemäß § 1164 I BGB gesichert gewesen. Durch die unvorhersehbare Enteignung der Hypothek sei ihm der Rückgriffsanspruch jedoch genommen worden. Der BGH stellte sich auf den Standpunkt, es sei mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren, wenn der Darlehensgeber vom persönlichen Schuldner Zahlung verlangen würde, ohne diesem die Möglichkeit eines Rückgriffs gegen den derzeitigen Eigentümer des Grundstückes zu verschaffen; denn die unvorhersehbare Enteignung habe die Grundlage des Geschäftes völlig verschoben. Der Entscheidung kann im Ergebnis sicherlich zugestimmt werden, nicht aber ihrer Begründung. Das Argument, daß die Geschäftsgrundlage weggefallen sei und eine Inanspruchnahme des Darlehensnehmers gegen Treu und Glauben verstoße, weil dieser zweimal zahlen müsse, ist zu blaß, um die Belastung des Darlehensgebers mit dem Ausfallrisiko zu rechtfertigen. Im folgenden soll gezeigt werden, daß die vom BGH angestrebte Entlastung des Sicherungsgebers von den Zurechnungselementen der Veranlassung, Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit her einleuchtender als durch einen bloßen Rückgriff auf Treu und Glauben begründet werden kann.

1. Die Veranlassung eines Risikos planungswidrigen Aufwandes

Das Ausmaß der Belastung des Sicherungsnehmers, der zugleich der Gläubiger der persönlichen Forderung ist, hängt zunächst davon ab, inwieweit er im Sinne des Veranlassungsgedankens ein Risiko veranlaßt hat. Dabei geht es um das Risiko, daß der Sicherungsgeber *trotz Deckung der persönlichen Schuld* nicht mehr den zur Sicherung bereitgestellten *Vermögenswert zurückbekommt* oder zumindest Wertausgleich erhält. Ein derartiges Risiko hat der Sicherungsnehmer jeweils dann *veranlaßt*, falls sich die Gefahr durch das in seinem Interesse getätigte Sicherungsgeschäft erhöht hat.

Nicht immer, wenn das vom persönlichen Schuldner bereitgestellte Sicherungsobjekt während der Vertragsdauer untergeht oder nicht mehr zurückerstattet werden kann, hat der Sicherungsnehmer eine Gefahrerhöhung veranlaßt. *Bleibt* das sicherungshalber hingeebene Objekt *im Machtbereich des Sicherungsgebers*, so wird dadurch auf den ersten Blick die *Gefahr*, daß das Sicherungsobjekt *zerstört* wird oder abhanden kommt, überhaupt nicht erhöht. Allerdings verliert der Sicherungsgeber durch das Sicherungsgeschäft die Möglichkeit, den Gegenstand zu seinem vollen Wert zu veräußern und dadurch die Gefahr seines Unterganges völlig von sich abzuwenden. Das Gewicht des auf diese Weise veranlaßten Risikos ist jedoch nicht sehr erheblich. Der Sicherungsgeber kann nämlich das Objekt bzw. die Anwartschaft ohne weiteres veräußern. Er muß sich dann auf den Kaufpreis auch keineswegs den vollen Betrag der gesicherten Schuld anrechnen lassen. Vielmehr kann er mit dem Erwerber vereinbaren, daß er ihn im Innenverhältnis von der Inanspruchnahme des Sicherungsgutes freizustellen habe. Unter diesen Umständen muß er sich lediglich einen Risikoabschlag auf den Preis gefallen lassen, der seine Kreditwürdigkeit widerspiegelt, – einen Abschlag, den er anderenfalls im Verhältnis zum Sicherungsnehmer in Form erhöhter Kreditkosten hätte in Kauf nehmen müssen. Es kann hier deshalb von einem vom Sicherungsnehmer veranlaßten Risiko planungswidrigen Aufwandes nicht die Rede sein.

Ein vom Sicherungsnehmer veranlaßter planungswidriger Aufwand wird nur dort auftauchen, wo sich der Erwerber, der das Sicherungsobjekt unter Abzug des zu sichernden Betrages kauft, verpflichtet, bei Fälligkeit die persönliche Schuld des Sicherungsgebers zu bezahlen. Hier läuft der Sicherungsgeber Gefahr, daß der Anspruch gegen den Erwerber nicht durchsetzbar ist, und er auch nicht auf das Sicherungsobjekt zurückgreifen kann, weil es inzwischen untergegangen ist. Bedeutsamer erscheint die Veranlassung des Risikos planungswidrigen Aufwandes in dem vom BGH entschiedenen Fall, in dem die *Hypothek*, nicht aber die persönliche Forderung *enteignet* wird und der Sicherungsgeber dadurch gezwungen wird, zweimal zu

zahlen. Dieses Risiko läuft er, *gleichgültig*, ob er das Sicherungsobjekt veräußert oder nicht. Ferner kann die Gefahr dadurch erhöht werden, daß das Sicherungsobjekt in den *Gewahrsam des Sicherungsnehmers* verbracht wird.

Bislang war davon ausgegangen worden, daß der Sicherungsgeber zugleich auch der Schuldner der zu sichernden Forderung ist. Diese Rollen können aber auch auseinanderfallen: *Der Sicherungsgeber kann sich zur Sicherung einer fremden Schuld verpflichten*. In einem derartigen Fall hat der Sicherungsnehmer jedoch normalerweise gar kein Risiko planungswidrigen Aufwandes veranlaßt, da der Sicherungsgeber nicht in seinem Interesse, sondern im Interesse des persönlichen Schuldners tätig wird. Im Falle eines erhöhten Aufwandes kann sich dann der Sicherungsgeber, wie § 775 BGB zeigt, nur beim persönlichen Schuldner erholen. Bezahlt der Sicherungsnehmer ausnahmsweise ein Entgelt für die Deckung des Kreditrisikos, so wird man von einer Art Kreditversicherung sprechen müssen. Es sind dann die Regeln des VVG über die Gefahrerhöhung bei Versicherungsverträgen analog anzuwenden. Im folgenden kann daher die Untersuchung auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen die Aufwandserhöhung den Sicherungsgeber trifft, der zugleich persönlicher Schuldner ist.

2. Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit des Risikos planungswidrigen Aufwandes durch den Sicherungsgeber

Solange sich das Sicherungsobjekt *im Machtbereich des Sicherungsgebers* befindet, wird man normalerweise die Gefahr seiner Zerstörung oder Beschädigung ohne weiteres dem Sicherungsgeber zurechnen können, der dieses Risiko nicht nur besser zu kalkulieren, sondern auch effizienter abzuwehren in der Lage ist.

Veräußert der Sicherungsgeber das Sicherungsobjekt *an einen Dritten* und vereinbart er gleichzeitig, daß der Erwerber ihn von der persönlichen Schuld freizustellen habe, so endet damit keineswegs zwangsläufig seine Risikobelastung. Der Sicherungsgeber vermag bei Vertragsschluß nicht nur abzuschätzen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, daß er das Sicherungsobjekt später aus den Händen gibt und dadurch die Gefahr seines Unterganges erhöht. Er wählt darüber hinaus auch den Erwerber aus und kann darauf dringen, daß der Freistellungsanspruch dinglich gesichert oder das Sicherungsobjekt zu seinen Gunsten versichert wird. Geht der – auch den Freistellungsanspruch des Verkäufers sichernde – Gegenstand unter und wird der Erwerber zahlungsunfähig, so erleidet der Verkäufer einen Verlust, den er durchaus beherrschen oder jedenfalls durch entsprechende Rückstellungen hätte absorbieren können.

Der Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Sicherungsgebers wird freilich zweifelhaft, wenn das Sicherungsobjekt infolge *unvorhersehbarer, evident unbeherrschbarer Umstände* untergeht. Obwohl hier eine unvorhersehbare, nicht zu steuernde Gefahr eine Erhöhung des geplanten Aufwandes notwendig macht, besteht kein Anlaß, die ursprüngliche Risikoverteilung zu korrigieren und den Sicherungsgeber zu entlasten. Geht das Objekt *im Machtbereich des Sicherungsgebers* unter, so muß man berücksichtigen, daß er diesen Verlust auch erlitten hätte, wenn es nicht dinglich belastet worden wäre. Im übrigen hätte er sich rechtzeitig von dem Sicherungsobjekt trennen können. Wurde es beim Erwerber zerstört oder kommt es dort abhanden, so entsteht hieraus nur dann eine Aufwandserhöhung, wenn der Sicherungsgeber eine Veräußerungsform gewählt hat, die ihm einen Freistellungsanspruch gibt, zugleich aber den Kaufpreis um den zu sichernden Betrag gesenkt hat. Auf diese Art der Veräußerung hätte sich der Sicherungsgeber nicht einzulassen brauchen; denn er hätte das Sicherungsobjekt auch mit einem Risikoabschlag verkaufen können. Wenn er sich für die für ihn gefährlichere Form der Veräußerung entscheidet, so ist das in erster Linie seine Sache. Er darf unter diesen Umständen nicht ohne weiteres das Risiko auf den Sicherungsnehmer abwälzen, daß sein Vertragspartner zahlungsunfähig wird. Andernfalls würde man den Grundsatz „caveat creditor“ aushöhlen. Schließlich ist zu bedenken, daß der Sicherungsgeber einen noch größeren Verlust erlitten hätte, wenn er das Sicherungsobjekt freiwillig behalten hätte, – ein Verlust, der

mangels „Veranlassung“ mit Sicherheit nicht auf den Sicherungsnehmer hätte abgewälzt werden können. Alles spricht dafür, das Risiko auch bei einer unvorhersehbaren, unbeherrschbaren Zerstörung oder Entziehung des Sicherungsobjektes dem Sicherungsgeber zuzurechnen.

Das Bild wandelt sich jedoch, wenn man die vom BGH entschiedene Konstellation betrachtet, in der nicht das Sicherungsobjekt selbst, sondern nur die *Hypothek enteignet* worden ist. Dieses Risiko ist sicher unbeherrschbar. Es kann auch, wenn es bei Vertragsschluß unvorhersehbar war, nur unzulänglich absorbiert werden. Im Unterschied zu den Fällen, in denen die Störung das Sicherungsobjekt trifft, wird bei einer Enteignung der Hypothek der Sicherungsgeber genötigt, zweimal ein Vermögensopfer zu erbringen, unabhängig davon, ob er das Sicherungsobjekt behalten oder veräußert hat. Hat er sich von dem Sicherungsobjekt nicht getrennt, so ist die Möglichkeit doppelter Inanspruchnahme durch den persönlichen Gläubiger und den neuen Sicherungsgläubiger evident. Hat er es mit der Abrede verkauft, den Erwerber von der Belastung freizustellen, so muß er dieser Pflicht nachkommen, ohne sich gleichzeitig von seiner persönlichen Schuld befreien zu können. Umgekehrt bringt ihm in dem Falle, daß sich der Erwerber gegen Preisermäßigung zur Befriedigung des Hypothekengläubigers verpflichtet hat, die Bezahlung der Hypothek durch den Käufer keine Befreiung von der persönlichen Forderung. Unter solchen Umständen kann dem Sicherungsgeber auch nicht entgegengehalten werden, daß es auf seine Kosten gehe, wenn er zu Unrecht auf die Solvenz des Erwerbers vertraut habe, da ja der Erwerber seinen Verpflichtungen nachkommt. Der BGH hat demnach zu Recht das Risiko einer Enteignung der dinglichen Last dem Sicherungsnehmer zugerechnet. Dieser hat das Risiko planungswidrigen Aufwandes veranlaßt, – ein Risiko, das keine der Parteien zu beherrschen und besser als ihr Vertragspartner zu absorbieren imstande war. Als Veranlasser des Risikos hat der Sicherungsnehmer die doppelte Inanspruchnahme abzuwehren. Die persönliche Forderung darf solange nicht geltend gemacht werden, als der Sicherungsgeber sein unerwartetes Zusatzopfer nicht ausgleichen kann.

Dieses Ergebnis wird auch nicht durch die mit der hoheitlichen Enteignung verbundenen Zwecke in Frage gestellt. Die in der damaligen Sowjetzone vorgenommene Enteignung verfolgte den Zweck, die neugegründete staatliche Versicherungsanstalt des Landes Sachsen mit dem Vermögen privater Versicherungsgesellschaften auszustatten. Dieser Zweck konnte im konkreten Fall nicht voll erreicht werden, da die Enteignung, soweit sie die persönliche Forderung gegen den in der Westzone ansässigen Schuldner betraf, in der Westzone nicht anerkannt wurde. Er muß daher auch ohne Aussagekraft für das Verhältnis zwischen der privaten Versicherungsgesellschaft als Kreditgeber und dem Empfänger des Darlehens bleiben. Das Risiko kann somit nur nach allgemeinen Grundsätzen verteilt werden.

Vom Standpunkt des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens aus liegt es auch nahe, den Sicherungsnehmer mit dem Risiko planungswidrigen Aufwandes zu belasten, wenn sich das Sicherungsobjekt in *seinem* Gewahrsam befindet und dort infolge einer vorhersehbaren Störung untergeht.

§ 1215 BGB, der ein Sicherungsgeschäft regelt, bei dem sich das Sicherungsobjekt regelmäßig im alleinigen Machtbereich des Sicherungsnehmers befindet, verpflichtet den Pfandnehmer nur zur Verwahrung der Pfandsache. Daraus wird allgemein gefolgert, daß er auf Schadensersatz haftet, wenn er die Verwahrungspflicht schuldhaft verletzt habe.¹⁷⁸ Im Hinblick auf die Schadensersatzpflicht ist dies sicherlich richtig. Daraus folgt indessen noch nicht, daß man dem Pfandgläubiger auch keinen Verlust seines persönlichen Anspruches zumuten dürfte. Sicherlich vermag in der Regel der Pfandgläubiger die Wahrscheinlichkeit, daß das Pfandobjekt durch eine aus seiner Sphäre oder von außen kommende Störung Schaden erleidet, besser vorherzusehen. Wenn man das Ausmaß des den Pfandgläubiger treffenden Risikos mit der Höhe der persönlichen Forderung koppelt, so ist für den Pfandgläubiger auch die Kalkulation des Risikoausmaßes nicht problematisch. Ebenso klar liegt es auf der Hand, daß der Pfand-

¹⁷⁸ KG, OLGZ 29, 380; Palandt-Bassenge, BGB, § 1215 Anm. 2; Erman-Ranke, BGB, § 1215 Anm. 5; Soergel-Augustin, BGB, § 1215 Anm. 7.

gläubiger etwaige Gefahren, die der Integrität des Sicherungsobjektes drohen, effizienter abzuwehren vermag. Gegen eine Zurechnung des Risikos an den Pfandgläubiger spricht nur, daß der Pfandschuldner möglicherweise das Objekt leichter versichern kann. Dies wird nicht immer der Fall sein. Man sollte daher konsequenterweise die pfandrechtliche Risikoverteilung korrigieren und dem Pfandgläubiger auf Grund seines Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprunges das Risiko überall dort auferlegen, wo der Pfandschuldner das Pfandobjekt typischerweise nicht versichert.

VI. Zusammenfassung

In diesem Abschnitt ging es um Fragen, die man üblicherweise mit den Lehren von der Geschäftsgrundlage oder Opfergrenze zu lösen sucht.

Bei Kauf- und Werklieferungsverträgen hat den hier entwickelten Grundsätzen zufolge normalerweise der Schuldner die Gefahr auf sich zu nehmen, daß er infolge von Entwicklungen, die er nicht eingeplant hat, die Leistung nur mehr mit erhöhten Kosten zu erbringen in der Lage ist. Die den erhöhten Aufwand auslösenden Störungen werden nämlich in aller Regel seinem Organisationsbereich entspringen oder, soweit sie aus der neutralen Sphäre stammen, sich zuerst in seinem Machtbereich auswirken. Derartige Störungen vermag der Schuldner in ihrer Wahrscheinlichkeit und in ihrem Ausmaß einfacher und zuverlässiger zu prognostizieren. Er kann daher auch besser die Rentabilität von Abwehrmaßnahmen einschätzen und die Risikofolgen sicherer durch Rücklagen, Versicherungen etc. streuen.

Mit Ausnahme unvorhersehbarer Liquiditätsengpässe, die den Schuldner wegen der *par conditio concurrentium* niemals befreien, wird der Schuldner entlastet, wenn die Störung unvorhersehbar war. Dabei ist die Unvorhersehbarkeit bei sphäreneigenen Risiken nur zu bejahen, falls die Störung völlig unvorstellbar war. Bei Störungen aus der neutralen Sphäre kommt es darauf an, ob ein kurz- oder langfristig abzuwickelnder Vertrag vorlag. Bei der ersten Variante genügt es für die Risikorentlastung, daß keinerlei Indizien auf gravierende Änderungen in der nächsten Zukunft hinwiesen oder das Ausmaß der Störung außerhalb der Wahrscheinlichkeit lag. Bei längerfristig zu erfüllenden Verträgen muß die Störung nach berufs- und vertragsspezifischen Maßstäben ganz unwahrscheinlich gewesen sein oder doch ungeahnte Formen angenommen haben. Die Risikobefreiung greift freilich dort nicht ein, wo die unvorhersehbare Entwicklung dem Schuldner mit höheren Kosten zugleich auch Vorteile bei Geschäften bescherte, die normalerweise unter dem Aspekt der Mischkalkulation gesehen werden.

Stammt die Störung aus der Sphäre des Gläubigers oder vermag dieser sie gleich gut zu beherrschen bzw. ihre Folgen zu streuen, so ist der Schuldner ebenfalls zu entlasten. Diese Konstellation taucht in den Fällen des Annahmeverzuges und dort auf, wo der Gläubiger ebenfalls in Kontakt zu den Beschaffungsmärkten steht und aus dieser Position heraus nachhaltigen Einfluß auf die Bewertung der Risiken nimmt. Gleiches gilt, falls der Gläubiger kraft überragender Marktmacht den Kalkulationsmodus des Schuldners vorschreibt.

In Fällen, in denen der Schuldner die versprochene Leistung auch nicht mit Hilfe Dritter (rechtzeitig) „in natura“ zu erfüllen in der Lage ist, ist eine Schadensersatz-

pflicht auf das positive Interesse vom Verschulden abhängig. § 279 BGB ist insoweit zu restringieren.

Soweit der Verkäufer vom Risiko der Aufwandserhöhung befreit ist, hat er einen Anspruch auf Vergütung eventueller Mehraufwendungen. Der Käufer kann diesen Anspruch von sich abwenden, wenn er unter Erstattung der bisherigen Investitionen vom Vertrag zurücktritt.

Beim *Werkvertrag* ist eine Entlastung vom Risiko erhöhten Aufwandes häufiger, weil hier der Besteller größeren Einfluß auf den Leistungserbringungsprozeß nehmen kann. Maßgeblich für eine Risikobelastung des Bestellers ist hier, daß den Besteller der Vorwurf eigenen objektiven Fehlverhaltens trifft, die von ihm gelieferten Materialien seien mangelhaft oder seine Anweisungen seien falsch gewesen. Das Handeln Dritter, denen der Besteller Zugang zum Werk verschafft, hat er insoweit zu vertreten, als die dadurch verursachten Gefahren für den Unternehmer untypisch sind und durch Versicherungen nicht gedeckt werden können.

Der *Vermieter* hat immer die Gefahr zu tragen, daß das Mietobjekt zerstört wird. Bei unvorhersehbaren Schäden kann der Mieter andererseits nicht die Instandsetzung des Mietobjektes fordern.

Bei *Sachdarlehen* und *Sicherungsverträgen* ist für die Lösung der Frage der Risikoverteilung jeweils besonders zu beachten, ob und in welchem Umfang der Gläubiger eine Erhöhung der Gefahr, daß der Darlehens- bzw. Sicherungsgeber einen Verlust erleidet, veranlaßt hat.

§ 2 Das Risiko planungswidrigen Aufwandes infolge unzulänglicher Berücksichtigung von Gegenwartsfaktoren

Der Gesetzgeber hat den Schuldner bei einer Fehleinschätzung von Faktoren, die bei Vertragsschluß schon erkennbar sind, in erhöhtem Umfang mit dem Risiko planungswidrigen Aufwandes belastet. Während der Schuldner bei in der Zukunft liegenden Störungen regelmäßig von einem planungswidrigen Aufwand in Form einer Schadensersatzpflicht verschont bleibt, wenn die Störung mit verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht beherrschbar war, wird er bei der unzulänglichen Berücksichtigung von *Gegenwartsfaktoren*, die sich darin auswirkt, daß er sein Versprechen nicht „in natura“ erfüllen kann, zum Ersatz des Nichterfüllungsschadens verpflichtet (§§ 437 I, 538 I BGB). Von daher stellt sich die Frage, ob man diese Differenzierung auch bei der Behandlung der – vom Gesetz nicht geregelten – Fälle anfänglichen Unvermögens zu beachten hat, ob also der Schuldner, der von vornherein zur Leistung außerstande ist, ohne Rücksicht auf Verschulden die Gefahr auf sich zu nehmen hat, anstatt der Sach- oder Dienstleistung eine Geldsumme als Surrogat entrichten zu müssen. Auch im Bereich des gegenwartsbezogenen anfänglichen Unvermögens muß verschuldensunabhängige Risikozurechnung natürlich nicht heißen, daß der Schuldner das Risiko unumschränkt zu tragen hätte. Das Ausmaß der Belastung kann hier ebenfalls durch die Risikoverteilungselemente der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit begrenzt werden, so daß von diesem An-

satz aus diejenigen Zurechnungselemente, die bei zukunftsbezogenen Risiken planungswidrigen Aufwandes grundsätzlich nur dann zur Anwendung kommen, wenn sich das Risiko lediglich in erhöhtem Aufwand zur Erfüllung der Leistung „in natura“ auswirkt, bei gegenwartsbezogenen Risiken auch bei planungswidrigem Aufwand in Form von Schadensersatzverpflichtungen eine wesentliche Rolle spielen würden. Auf der Grundlage des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens ist ferner zu prüfen, inwieweit die durch die §§ 306, 437 BGB vorgeschriebene Risikoverteilung zu Lasten bzw. zugunsten des Schuldners zu korrigieren ist.

I. Der planungswidrige Aufwand in Form einer Schadensersatzpflicht

1. Das anfängliche Unvermögen

Die Haftung für anfängliches Unvermögen ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt worden. Es liegt nun zwar nahe, die Zurechnung des anfänglichen Unvermögens dem § 440 BGB zu entnehmen. Diese Vorschrift bietet jedoch nur ein brüchiges Fundament; denn sie trennt einerseits nicht zwischen anfänglichen und nachträglichen Störungen¹⁷⁹ und verweist andererseits auf die Rechtsfolgen der §§ 320–327 BGB, die auf nachträgliche Leistungshindernisse zugeschnitten sind. Daraus ergibt sich die vom Wortlaut der Norm her unauflösbare Frage, ob die Vorschrift bei anfänglichem Unvermögen eine bloße Rechtsfolgeverweisung¹⁸⁰ darstellt oder aber eine Rechtsgrundverweisung mit der Besonderheit, daß das anfängliche Unvermögen dem nachträglichen gleichgestellt wird.¹⁸¹

a) Streitstand und Kritik

Der historische Gesetzgeber ging davon aus, daß der Schuldner für jedes anfängliche Unvermögen mit dem Ersatz des positiven Interesses einzustehen habe. Anfänglich sollte dem Schuldner jede Form des Unvermögens zugerechnet werden.¹⁸² Bei der Beratung des § 237 II des ersten Entwurfes, des Vorläufers des § 275 BGB, setzte sich dann in den Fällen des nachträglichen Unvermögens zur Leistung einer bestimmten Sache die mildere, verschuldensabhängige Haftung durch. Beim anfänglichen Unvermögen wie bei anderen Fällen nachträglichen Unvermögens sollte sich aus einem *argumentum e contrario*¹⁸³ die Verpflichtung zur Zahlung des Erfüllungs-

¹⁷⁹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 124 ff.

¹⁸⁰ *Fikentscher*, SchR, S. 196.

¹⁸¹ Vgl. *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 124, der jedoch trotz seiner These von der Gleichstellung im Rechtsgrund beim anfänglichen Unvermögen zur Rechtsverschaffung eine Garantieflicht annimmt und damit die Gleichstellung wieder aufgibt.

¹⁸² Mot. II, S. 45.

¹⁸³ Dabei wurde übersehen, daß das *argumentum e contrario* keineswegs zwingend ist; denn man kann ebenso gut eine Analogie zu den §§ 275 II, 325 BGB ziehen. *Esser*, SchR I, 4. Aufl. S. 207; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 133.

interesses ergeben.¹⁸⁴ Der Gesetzgeber hat aber für diesen „e contrario“-Schluß keine überzeugende Wertung anzugeben gewußt. So ist es auch nicht verwunderlich, daß heute bei anfänglichem Unvermögen nur die Gültigkeit des Vertrages außer Streit steht.¹⁸⁵ Im übrigen wird eine ganze Palette von Zurechnungsvarianten vertreten. Heck¹⁸⁶ hält eine verschuldensunabhängige Zurechnung der Folgen eines anfänglichen Unvermögens für unzumutbar. Man könne zum Beispiel dem Erben aus dem Verkauf eines gestohlenen Bildes, das schon sein Onkel gutgläubig erworben habe, keinen Vorwurf machen, der eine Schadensersatzpflicht rechtfertigt. Ebenso sei es viel zu hart, den Handwerker dafür einstehen zu lassen, daß er erst während der Reparatur auf einen äußerst unwahrscheinlichen Fehler stößt, den nur ein Spezialist beheben kann.¹⁸⁷ Es sei deshalb nur billig und gerecht, den Schuldner in Analogie zu den §§ 275 II, 325 BGB lediglich im Rahmen des das BGB prägenden Verschuldensprinzips haften zu lassen, falls er bei einer sorgfältigen Prüfung die Unzulänglichkeit seiner Leistungsfähigkeit nicht zu *erkennen* vermochte.¹⁸⁸

Das Verschuldensprinzip hat neuerdings auch wieder Gudian¹⁸⁹ zur Lösung des Problems anfänglichen Unvermögens fruchtbar zu machen versucht. Im Gegensatz zu Heck, der es auf die Informationsmöglichkeiten des Schuldners bezieht, knüpft Gudian an den Sorgfaltsverstoß bei der *Abwehr* der das anfängliche Unvermögen *verursachenden Störung* an: „Wer sich zu einer Leistung verpflichtet, garantiert damit nicht nur, in Zukunft alles in seiner Macht Stehende zu unterlassen, was ihn an der Erbringung dieser Leistung hindert (§§ 280, 286, 325, 326 BGB), sondern auch, sich die Leistung nicht bereits durch eigenes, zurechenbares Verhalten unmöglich gemacht zu haben (§§ 280, 325 BGB analog).“ Damit kombiniert Gudian das Versprechen mit einem Verschulden gegen sich selbst, das darauf beruhen soll, daß der Schuldner nicht schon vor Vertragsschluß die üblichen Vorkehrungen zur Erhaltung seiner Leistungsfähigkeit getroffen hat.^{189a} Das an sich noch keinen Ersatzanspruch begründende Verschulden gegen sich selbst werde durch die darauf folgende Verpflichtung zu eben der Leistung, die sich der Schuldner bereits unmög-

¹⁸⁴ Prot. I, S. 315f; vgl. dazu Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 207; Gudian, NJW 71, 1240; a. A. i. E. Evans-v. Krbek, AcP 177, 43ff.

¹⁸⁵ RGZ 80, 249; Larenz, SchR I, S. 89; Fikentscher, SchR, S. 195; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 245f; Enneccerus-Lehmann, SchR, S. 133; Soergel-R. Schmidt, BGB, vor § 275 Anm. 22; Gudian, NJW 71, 1240; Oertmann, AcP 140, 133ff.

¹⁸⁶ Heck, SchR, S. 142.

¹⁸⁷ Hier stellt sich eher die Frage nach einer Anwendung des dem § 645 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedankens.

¹⁸⁸ Widersprüchlich Soergel-R. Schmidt, BGB, vor § 275 Anm. 22, der einerseits ebenfalls auf Informationsrisiken abstellt, andererseits aber augenscheinlich die Möglichkeit zur Abwehr der das Unvermögen verursachenden Störung im Auge hat, wenn er nur außergewöhnliche Leistungshindernisse wie Zwangswirtschaft als haftungsbefreiend anerkennen will.

¹⁸⁹ Gudian, NJW 71, 1241f; ebenso befürworten eine Anwendung des Verschuldensprinzips Erman-Weitnauer, BGB, § 444 Anm. 8ff; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 246; Schnorr v. Carlsfeld, Festschrift Reinhardt, S. 156; Demmel, Haftung aaO, S. 133ff.

^{189a} Ähnlich im Ansatz Evans-v. Krbek, AcP 177, 48ff.

lich gemacht hat, in den Rang eines haftungsbegründenden Tatbestandsmerkmals erhoben. Gudian lehnt sich hierbei offensichtlich eng an das Vorbild der §§ 275, 280, 325 BGB an.

Dort steht jedoch die Gefahrenabwehr nur deshalb im Vordergrund, weil die Pflichten- und Sanktionsordnung das zukünftige Verhalten des Schuldners regelt. Der Schuldner, der eine Leistung verspricht, soll mit verkehrsbüblichen Anstrengungen die der Leistungsfähigkeit drohenden Gefahren hintanhalten. In der Phase vor Abschluß des Vertrages ist indessen die Statuierung einer Obliegenheit zur Gefahrenabwehr sinnlos.¹⁹⁰ Ob der potentielle Schuldner solche Störungen abwendet oder nicht, ist allein seine Sache. Der Gläubiger ist hieran grundsätzlich gar nicht interessiert.¹⁹¹ Für ihn ist allein wichtig zu wissen, ob schon zur Zeit des Vertragsschlusses Hindernisse existieren, die die Bedürfnisbefriedigung in Frage stellen und ob der Schuldner diese Hindernisse aus dem Weg zu räumen imstande ist.

Sicherlich mag die Wahrscheinlichkeit größer sein, daß der Schuldner bei Vertragsschluß leistungsunfähig ist, wenn er in der Vergangenheit nicht die in seinem eigenen Interesse liegenden Sicherheitsvorkehrungen getroffen hat. Die bloße Gefährdung der Leistungskraft darf jedoch nicht Anlaß für eine Risikozurechnung sein; es sei denn, man will das seltsame Ergebnis in Kauf nehmen, daß der Verkäufer, der kurz vor Vertragsschluß bestohlen worden ist, haften müßte, sofern er den Gegenstand schlecht verwahrt hatte, aber frei wäre, wenn er nur den Diebstahl trotz aller sich ihm aufdrängenden Anzeichen nicht zur Kenntnis genommen hatte, da eine schuldhaft Unkenntnis der eigenen Leistungsunfähigkeit keinen Anspruch auf Nichterfüllungsschaden, sondern nur auf das negative Interesse auslösen soll.¹⁹²

Eine Risikozurechnung, die auf die Abwehrbarkeit von Leistungshindernissen gegründet ist, die bei Vertragsschluß schon erkennbar sind, wird auch dadurch nicht einleuchtender, daß man das Verschuldensprinzip durch das Beherrschbarkeitsprinzip ersetzt, wie Larenz¹⁹³ und Beuthien¹⁹⁴ im Anschluß an Oertmann¹⁹⁵ vorgeschlagen haben.¹⁹⁶ Ihrer Ansicht zufolge ist dem Schuldner das Risiko des anfänglichen Unvermögens aufzuerlegen, falls es durch Umstände verursacht worden ist, die in der Unzulänglichkeit seines Geschäftskreises ihren Ursprung haben, nicht jedoch, falls die Störungen aus neutraler Sphäre stammen.¹⁹⁷ Diese Verschärfung des Zurechnungsgrundes mindert zwar die Wahrscheinlichkeit, daß der Schuldner schon bei Vertragsschluß erkennbar leistungsunfähig war, ohne daß ihm das angelastet

¹⁹⁰ *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 221; v. *Caemmerer*, NJW 56, 569; abschwächend *Wilburg*, Elemente aaO, S. 143f unter Berufung auf den Sinn des Vertrages.

¹⁹¹ *Brecht*, JherJb 53, 279.

¹⁹² *Larenz*, SchR I, 10. Aufl., S. 86.

¹⁹³ *Larenz*, SchR I, S. 90f.

¹⁹⁴ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 134ff; bes. S. 140f.

¹⁹⁵ *Oertmann*, AcP 140, 148f.

¹⁹⁶ Ähnlich *Wilburg*, Elemente aaO, S. 139; *Deutsch*, Fahrlässigkeit aaO, S. 308ff.

¹⁹⁷ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 84, schränkt den Begriff der neutralen Sphäre durch die Zurechnung kraft „Schicksal“ ein. Siehe dazu S. 194f.

werden könnte. Außerdem erlaubt sie – was Larenz angestrebt haben dürfte – den Verkäufer von dem Risiko zu befreien, daß der Kaufgegenstand trotz ausreichender Sicherungsvorkehrungen kurz vor Vertragsschluß entwendet wird.¹⁹⁸

Gleichwohl setzt diese Konstruktion den Hebel am falschen Platz an. Aus der Sicht des Gläubigers geht es bei Vertragsschluß nur darum, ob er in dem Moment, in dem er seinen Konsens erklärt, darauf vertrauen darf, daß der Schuldner keine voreilige Verpflichtungserklärung abgegeben hat, die er nicht zu erfüllen vermag. Der Schuldner soll also, bevor er ein Versprechen abgibt, prüfen, ob er überhaupt leistungsfähig ist, damit der Gläubiger gegebenenfalls noch rechtzeitig auf einen anderen Anbieter ausweichen kann und keine sinnlosen Investitionen tätigt. Die Ursache, warum der Schuldner bei Vertragsschluß die Leistung, über die verhandelt worden ist, nicht erbringen kann, ist für den Gläubiger ohne jede Bedeutung; für ihn ist allein interessant, daß er sich gar nicht erst auf einen Vertrag einläßt, von dem feststeht, daß er mit ihm seine Bedürfnisse wahrscheinlich nicht wird befriedigen können.¹⁹⁹

Die Thesen Hecks und Gudians halten auch insoweit kritischer Prüfung nicht stand, als sie vorschnell aus der Regelung der nachträglichen Leistungsstörungen ableiten, daß allein ein Sorgfaltsverstoß eine Schadensersatzpflicht auslösen könne. Bei Risiken, die in der Zukunft liegen, ist zwar die Senkung des Zurechnungsmaßstabes auf Verschulden vielfach angemessen, da die sich erst in der Zukunft herauskristallisierenden Einflüsse auf den Leistungsprozeß nur schwer vorhersehbar sind, unter keinen Umständen aber exakt vorherbestimmt werden können. Bei der Haftung für anfängliches Unvermögen geht es hingegen um Risikofaktoren, deren Existenz oder Fehlen im Moment der Vereinbarung mit empirischer Sicherheit feststellbar ist. Der Schuldner ist also nicht auf vergleichsweise unsichere Prognosen angewiesen.²⁰⁰ Der Gesetzgeber hat diesem Unterschied in den Beherrschungsmöglichkeiten Rechnung getragen und bezeichnenderweise in den §§ 437 I, 538 BGB den Schuldner bei anfänglichen Leistungsstörungen zum Schadensersatz verpflichtet,²⁰¹ während er die gleiche Rechtsfolge bei nachträglichen Leistungshindernissen von einem Verschuldensvorwurf abhängig machte.

Die verschuldensabhängige Haftung bei anfänglichem Unvermögen hat sich daher

¹⁹⁸ Larenz, SchR I, S. 91.

¹⁹⁹ Vgl. *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 222, 227; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 133; v. *Caemmerer*, NJW 56, 569; *Lüderitz-Mittenzwei*, JuS 70, 184; vgl. auch BGH, NJW 60, 720; WM 71, 244; *Canaris*, Vertrauenshaftung aaO, S. 536 Fn. 55.

²⁰⁰ Ebenso im Ergebnis BGH, MDR 64, 404; *Oertmann*, AcP 140, 149; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 116; *Lüderitz-Mittenzwei*, JuS 70, 184; *Brox*, SchR I, S. 136f; *Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, S. 32f; ferner *Tore Almen*, Kaufrecht I, S. 326. Eine parallele Erscheinung findet sich bei der Erschwerung der Haftungsfreizeichnung für anfängliche Mängel. BGHZ 49, 356; BGH, NJW 73, 1878; ferner BGH, NJW 60, 720 „muß sich vorher vergewissern“. Vgl. auch *Rabel*, RheinZ 1911, 475 ff. Ablehnend *Emmerich*, in: Grundlagen aaO, S. 368; *Hetzel*, NJW 58, 1173; *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 244, 246; *Demmel*, Haftung aaO, S. 97f.

²⁰¹ Vgl. auch BGH, NJW 75, 44 (46).

zu Recht in Literatur und Rechtsprechung nicht durchgesetzt, obwohl auch die h.M. ihre Thesen über die angemessene Form der Risikoverteilung nur auf das – jedenfalls in seiner Ausschließlichkeit – brüchige Fundament des „Versprechens“,²⁰² des vernünftigen Willens des Versprechenden,²⁰³ einer Erbringungsgarantie²⁰⁴ sowie der Verkehrssicherheit²⁰⁵ zu stützen vermochte;²⁰⁶ denn das Versprechen und das Bedürfnis nach Verkehrssicherheit wird auch bei nachträglichen Störungen wirksam, ohne daß auszumachen wäre, warum diesen Faktoren weniger Gewicht zukommen sollte, wenn der Schuldner erst nach Vertragsschluß zur Leistung unvermögend wird. In beiden Fällen kann er sein Versprechen naturaliter nicht mehr erfüllen, in beiden Fällen ist der Nachfrager in seinem Vertrauen auf die Bedürfnisbefriedigung enttäuscht worden. Nicht besser steht es um die Formel von der stillschweigenden Erbringungsgarantie, die schon mehrfach als bare Willensfiktion entlarvt worden ist.²⁰⁷ Das Wertungsdefizit wird nicht dadurch behoben, daß man die stillschweigende Garantie aus Treu und Glauben²⁰⁸ herleitet.

b) Haftung für anfängliches Unvermögen auf der Basis des Versprechens und der abstrakten Beherrschbarkeit

Eine plausible Regelung der Haftung für anfängliches Unvermögen läßt sich nur auf eine Verbindung von Versprechen einerseits und abstrakter Beherrschbarkeit des Informationsrisikos andererseits gründen. Der Schuldner vermag in aller Regel die Gefahr, daß er bei Vertragsschluß Hindernisse, die seine Leistungsfähigkeit in Frage stellen, übersieht und sie daher bei seiner Planung nicht berücksichtigt, ohne weiteres zu beherrschen. Vielfach liegen die für die Leistungsfähigkeit relevanten Faktoren in seiner Sphäre. Sie kann der Schuldner mit dem erforderlichen Aufwand zuverlässig eruieren. Wenn auch der hierzu nötige Aufwand oft unrentabel ist, so ist der Schuldner doch imstande, das Informationsrisiko am besten abzuschätzen. Aus der Kenntnis seiner Organisation heraus weiß er am sichersten, wie groß die Gefahr ist, daß sich ein Leistungshindernis entwickelt hat, das ihm noch verborgen geblieben ist. Dieses Risiko kann er, falls er eine gründliche Erforschung seiner Leistungsfähigkeit für unwirtschaftlich hält, in seine Preiskalkulation einfließen lassen oder gegebenenfalls durch einen Haftungsausschluß ausschalten.²⁰⁹

²⁰² Vgl. BGH, NJW 54, 270 (272); *Wieacker*, Festschrift Nipperdey, (1965), Bd. I, S. 803.

²⁰³ *Ballerstedt*, Festschrift Nipperdey (1955), S. 271; *Neumann-Duesberg*, BB 70, 1464.

²⁰⁴ *Staudinger-Werner*, BGB, vor § 275 Anm. 33; *Esser*, SchR I, 4. Aufl. S. 207; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 126; *Neumann-Duesberg*, BB 70, 1464.

²⁰⁵ So wohl *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 133; *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 206; *Staudinger-Werner*, BGB, vor § 275 Anm. 22; *Brecht*, JherJb 53, 284.

²⁰⁶ Vgl. auch *Emmerich*, in: Grundlagen aaO, S. 367 ff, der die Haftung für anfängliches Unvermögen mit der „Opfergrenzen“-Theorie verbindet. Zur Schwäche der „Opfergrenzen“-Theorie s. S. 49f.

²⁰⁷ *Titze*, Unmöglichkeit aaO, S. 249; *Enneccerus*, SchR, S. 133; vgl. ferner oben S. 32 ff, 105.

²⁰⁸ *Esser*, SchR I, 4. Aufl. S. 207; ähnlich *Blomeyer*, SchR, S. 148.

²⁰⁹ Hierauf weist zutreffend *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 126 hin.

Liegt das Leistungshindernis, wie häufig bei der objektiven Unmöglichkeit, in der neutralen Sphäre, so ist zwar auch der Gläubiger in der Lage, sich über die Leistungsfähigkeit des Schuldners zu vergewissern. Für das anfängliche Unvermögen ist es aber gerade charakteristisch, daß nur der Schuldner das Informationsrisiko beherrscht. Der Gläubiger besitzt nämlich in den Fällen des anfänglichen Unvermögens typischerweise keine Gelegenheit, sich über die Leistungsfähigkeit des Schuldners zu informieren, ohne in die Interna des Schuldners und dessen Vertragspartner einzudringen. Er vermag weder zu ermitteln, ob die vom Schuldner angebotene Sache irgendwann einmal abhanden gekommen war, noch ob der Schuldner über die bei einem Dritten befindliche Sache verfügen darf. Aus eigener Kraft kann er sich lediglich über die Existenz der Sache und die Besitzlage vergewissern, schon nicht mehr aber über die zwischen Besitzer und dem Schuldner bestehenden Rechtsbeziehungen. Das anfängliche Unvermögen ist mithin üblicherweise durch die gleiche Beherrschbarkeitskonstellation gekennzeichnet, die dazu geführt hat, daß der Verkäufer eines nicht bestehenden Rechtes gemäß § 437 BGB Schadensersatz leisten muß.²¹⁰

Gegen den Ansatz bei der Beherrschbarkeit des Informationsrisikos erhebt sich allerdings der Einwand, die Fehleinschätzung der Leistungskraft bei Vertragsschluß sei jedenfalls dort nicht sonderlich bedeutsam, wo sich der Schuldner erst selbst eindecken muß und deshalb die Leistung für einen späteren Zeitpunkt versprochen hat. So sei es beispielsweise beim Verkauf einer Spezies sowohl für die Planung des Schuldners als auch die des Gläubigers unerheblich, ob der Eigentümer schon zur Zeit des Vertragsschlusses nicht gewillt war, sich von dem Kaufobjekt zu trennen, und daher der Schuldner bereits in diesem Moment leistungsunfähig war oder ob sich der Eigentümer erst später hierzu entschlossen hat; denn die den Gläubiger interessierende Leistungsfähigkeit des Schuldners hänge allein von seiner Fähigkeit ab, sich rechtzeitig innerhalb des Erfüllungszeitraumes einzudecken. Man dürfe deshalb den Begriff des anfänglichen Unvermögens überhaupt nicht streng an der Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt des Versprechens ausrichten, sonst müßte man das unsinnige Ergebnis hinnehmen, daß bei Werkverträgen regelmäßig eine Haftung wegen anfänglichen Unvermögens eingreifen könne. Der Schuldner werde nämlich kaum jemals in der Lage sein, das geforderte Werk sofort herzustellen. Für die Frage der subjektiven, aber auch der objektiven Unmöglichkeit könne daher bei Verträgen mit terminierter Leistung nur der Umstand maßgeblich sein, ob der Schuldner im Erfüllungszeitraum, also in der Zukunft, zur Leistung fähig sei. Damit scheint man den Bezugspunkt für die Differenzierung zwischen anfänglichen Leistungsstörungen, die auf die beim Vertragsschluß der Vergangenheit oder Gegenwart angehörenden Tatsachen abstellen, und nachträglichen, in der Zukunft liegenden Hindernissen verloren zu haben.

Es wäre jedoch falsch, wollte man den Begriff des anfänglichen Unvermögens einseitig an der Leistungsfähigkeit bei Vertragsschluß ausrichten. Vielmehr gilt es,

²¹⁰ Siehe S. 104 ff.

zum Zwecke einer Differenzierung zwischen anfänglichen und nachträglichen Leistungsstörungen darauf abzustellen, ob schon bei Vertragsschluß verdeckte Hindernisse existieren, die der Schuldner trotz Anspannung aller seiner Kräfte mit Sicherheit nicht wird beiseite räumen können und die später dazu führen, daß die versprochene Leistung ausbleibt.²¹¹ Der Wortsinn des Begriffes „Unvermögen“ legt es zwar nahe, allein die Tatsache zu betonen, daß der Schuldner im Leistungszeitraum nicht fähig geworden ist, die anfänglichen Leistungshindernisse zu eliminieren. Das wäre auch fraglos der Interpretationsansatz, der mehr Rechtssicherheit verspricht, da man nur zu beweisen hätte, ob das Unvermögen vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses bis zu dem Moment, in dem die Leistung wegen Ablaufes des Erfüllungszeitraumes unmöglich geworden ist, fortbestanden hatte. Man würde damit jedoch den Unterschied zwischen der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit anfänglicher sowie nachträglicher Risiken verwischen, der die Abstufung der Haftungsintensität rechtfertigt. Wenn eine verschärfte Haftung des Schuldners auf das positive Interesse angemessen ist, so deshalb, weil er der Gegenwart angehörende Risikofaktoren verhältnismäßig einfach zu beherrschen und zu absorbieren imstande ist. Es müssen daher auch die für die Risikobewertung relevanten, in der Zukunft liegenden Daten soweit wie möglich reduziert werden. Hebt man lediglich darauf ab, daß der Schuldner im Ergebnis unfähig blieb, das Hindernis zu beseitigen, so ignoriert man den Umstand, daß der Schuldner durchaus die Hoffnung hegen durfte, die notwendigen Voraussetzungen für die Leistung zu schaffen. Es empfiehlt sich somit, einerseits auf die Erkennbarkeit des in der Gegenwart liegenden Störungsfaktors und andererseits darauf abzustellen, ob der Schuldner angesichts dieses Hindernisses vom Standpunkt eines objektiven Betrachters aus mit großer Wahrscheinlichkeit erwarten mußte, daß ihm auch in der Zukunft die Kräfte versagt bleiben, die zur Erfüllung seines Versprechens erforderlich sind. Nur unter diesen Bedingungen ist eine verschärfte Risikobelastung angebracht; denn der Schuldner hat insoweit allen Anlaß, sich über die Existenz derartig gravierender Risikofaktoren zu informieren. Er mag dann entweder den Gläubiger aufklären oder gegebenenfalls vom Vertrag Abstand nehmen. Er darf jedoch nicht darauf vertrauen, daß sich diese Hindernisse innerhalb des Leistungszeitraumes beheben lassen würden.

Auf diese Weise wird der Gläubiger vor Fehlinvestitionen geschützt,²¹² die er im Vertrauen auf eine typische Angebotskonstellation macht, über die er sich im Einzelfall aus eigener Kraft nicht zu vergewissern imstande ist. Zum anderen stellt man auf diese Weise die „par conditio concurrentium“ sicher. Hätte der Käufer beispielsweise gewußt, daß sich der Verkäufer das zum Verkauf angebotene Objekt erst selbst besorgen muß, so hätte er sich möglicherweise an einen Dritten gewandt, der ein vergleichbares Objekt offeriert, das schon in dessen Verfügungsmacht steht. Das Defizit an Leistungsfähigkeit soll der Verkäufer in Form von Schadensersatz aus-

²¹¹ Vgl. *Krückmann*, AcP 101, 125. Unklar *Schnorr von Carolsfeld*, Festschrift Reinhardt, S. 157 Fn. 31 einerseits und Fn. 30 andererseits.

²¹² *Staudinger-Werner*, vor § 275 Anm. 22; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 133; *Teichmann*, Leistungsstörung und Gewährleistung, S. 21f.

gleichen.²¹³ Dieser Last kann er dadurch entgehen, indem er sich entweder bemüht, daß sein Versprechen auf einer verkehrsüblichen Grundlage ruht, oder aber den Käufer über atypische Hindernisse²¹⁴ aufklärt. Es ist dann Sache des Käufers, ob er den Anbieter auswählt, dessen Leistungsfähigkeit im Moment des Vertragsschlusses am größten ist, oder ob der Verkäufer das erhöhte Risiko durch einen niedrigeren Preis oder sonstige Ersparnisse wettmacht.

Aus dieser Sicht heraus ist der Entscheidung des BGH²¹⁵ voll zuzustimmen, die den Pächter, der lediglich über einen auf 6 Jahre befristeten Pachtvertrag verfügte, zum Schadensersatz verpflichtet, weil er sich auf einen 10jährigen Automatenaufstellungsvertrag eingelassen hatte, den er nicht voll zu erfüllen vermochte, da seine eigene Pächterstellung nicht verlängert wurde. Der BGH begründet die Risikozone mit dem Argument, der Pächter müsse sich „vor Vertragsschluß vergewissern . . ., ob ihm die Leistung möglich sein wird“; denn die Berechtigung, die Aufstellung der Automaten während der gesamten Laufzeit des Vertrages gestatten zu können, stellt eine typische Voraussetzung derartiger Verträge dar. Diesen Planungsfaktor vermag der Partner des Automatenaufstellungsvertrages mangels eines Einblickes in die Pachtverhältnisse nicht zuverlässig zu überprüfen. Der Pächter beherrscht hingegen das Informationsrisiko ohne Schwierigkeiten. Er kann im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit dafür sorgen, daß entweder der Vertragsschluß unterbleibt, weil er die Erfüllung des Vertrages nicht zu gewährleisten vermag, oder zumindest seinen Vertragspartner über das potentielle Leistungshindernis aufklären. Der Schuldner ist somit immer dann mit dem vollen Risiko der Leistungserschwerung in Gestalt einer Schadensersatzpflicht zu belasten, wenn die Leistungsstörung darauf beruht, daß schon bei Vertragsschluß ein atypisches Hindernis existierte, über dessen Existenz sich allein der Schuldner ausreichend informieren konnte.

Die Brauchbarkeit dieser Risikozoneordnung soll im folgenden kurz anhand einiger Vertragstypen dargetan werden.

Beim *Verkauf einer Spezies* gehen die Parteien normalerweise davon aus, daß der Verkäufer im Augenblick des Vertragsschlusses uneingeschränkt über den Kaufgegenstand verfügen darf,²¹⁶ wenn er nicht etwaige Rechtsmängel kenntlich macht. Heck spricht deshalb im Zusammenhang mit dem Spezieskauf zutreffend von Abgabeschuld,²¹⁷ die er damit von der auf die Zukunft gerichteten Beschaffungsschuld, zu der typischerweise der Gattungskauf gehört, absetzt. Eine Ausnahme gilt aber – wie bereits dargetan wurde²¹⁸ – falls die gesamte Erbschaft in Bausch und Bogen veräußert wird.

Darf der Käufer davon ausgehen, daß der Verkäufer bei Vertragsschluß zur Über-

²¹³ Es geht hier um das generalisierend mit dem Erfüllungsinteresse gleichgesetzte Vertrauensinteresse.

²¹⁴ So etwa die drohende Zwangsversteigerung des gemieteten Grundstückes, das für die Vertragserfüllung unbedingt notwendig ist, im „Kino“-Fall; BGH, LM Nr. 8 zu § 325 BGB.

²¹⁵ BGH, WM 71, 244.

²¹⁶ Vgl. *Larenz*, SchR I, S. 90; *Brecht*, IherJb 53, 227.

²¹⁷ *Heck*, SchR, S. 86.

²¹⁸ Siehe 3. Kap. S. 152.

eignung und Verschaffung des Besitzes fähig ist, so ist der Verkäufer in der Regel allein in der Lage zu beurteilen, ob diese Annahme mit der Realität übereinstimmt. Allein der Verkäufer vermag beispielsweise bei entsprechendem Organisationsaufwand in Erfahrung zu bringen, ob das Kaufobjekt kurz vorher durch einen Stellvertreter veräußert worden ist. Die für eine ausreichende Information notwendigen Kosten mögen häufig den Erfolg nicht rentabel erscheinen lassen. Da es aber bei der Zurechnung des Risikos anfänglichen Unvermögens um eine Zurechnung auf der Grundlage der abstrakten Beherrschbarkeit geht, ist dies völlig unerheblich. Es ist Sache des Verkäufers zu entscheiden, wie hoch in Anbetracht seiner Organisationsverhältnisse die Gefahr eines Leistungshindernisses ist und welche Vorkehrungen er für eine laufende oder punktuelle Information für erforderlich hält. Einseitig beherrschbar bzw. absorbierbar ist auch die Gefahr, daß der Verkäufer ohne sein Wissen gestohlenen Gut verkauft. Ausschließlich der Verkäufer weiß, aus welchen Quellen das Gut stammt und wie vertrauenswürdig diese Quellen sind. Nur er vermag deshalb auch die Gefahr abzuschätzen, daß er entwendetes Gut weiterveräußert, und zu beurteilen, mit welchen Mitteln diese Unsicherheit gebannt werden kann.²¹⁹ Die Grenze zur Unbeherrschbarkeit wird erst dort überschritten, wo eine Fehlinformation außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt.^{219a} Hierher kann man den Fall zählen, daß nach Vertragsschluß die Rechtsprechung gänzlich unverhofft^{219b} die Anforderungen für einen gutgläubigen Erwerb verschärft und damit den Glauben des Verkäufers an seine Verfügungsberechtigung illusorisch werden läßt.²²⁰ Hier geht es nicht an, den Schuldner wegen anfänglichen Unvermögens auf das positive Interesse haften zu lassen.

Eine Schadensersatzpflicht entfällt ferner dort, wo *beide* Parteien, wenn auch mit unterschiedlicher Intensität, das Informationsrisiko in den Griff bekommen können. Die beiderseitige Beherrschbarkeit wird man bejahen können, falls das Kaufobjekt kurz vor Vertragsschluß gestohlen wird. Eine verbreitete Meinung begründet hier zwar die Risikoentlastung des Verkäufers mit dem Argument, in einer derartigen Situation könne niemand leisten²²¹ bzw. die Störung sei durch den Diebstahl

²¹⁹ Darin liegt kein Widerspruch zur Verteilung des „Bonitätsrisikos“, da der Käufer in den hier untersuchten Fällen den „Dritten“ regelmäßig nicht kennen wird, also überhaupt keine eigenen Nachforschungen anstellen kann. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß nur der Verkäufer Rückgriffsmöglichkeiten gegen denjenigen besitzt, von dem er das Gut erhalten sollte.

^{219a} Ähnlich *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 23 f, der freilich von Vorhersehbarkeit spricht, wo es um Erkennbarkeit geht.

^{219b} Vgl. *Henckel*, VersR 75, 773, bes. 777 ff, der zutreffend betont, daß mit Rechtsprechungsänderungen im allgemeinen gerechnet werden konnte, daß Indizien auf eine Veränderung der Rechtspraxis hinwiesen oder bestimmte Vertragsgestaltungen von Anfang an fragwürdig waren.

²²⁰ Vgl. *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 244 f; zu streng daher BGH, NJW 54, 272, wenn der BGH die „Unvorhersehbarkeit“ in dem hier gebrauchten Sinne verstanden hat.

²²¹ Vgl. *Palandt-Heinrichs*, § 306 Anm. 3; *Staudinger-Werner*, § 306 Anm. 13; *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 131.

„von außen“ verursacht und mit den üblichen Sorgfaltsregeln nicht abwendbar gewesen.²²² Diese Argumente sind unhaltbar; denn der derzeitige Besitzer des Kaufgegenstandes und der Eigentümer können zusammen das Versprechen erfüllen.²²³ Im übrigen wird nicht ein Versagen bei der Abwendung der Gefahr, daß ein Leistungshindernis entstehen könnte, zugerechnet. Entscheidend ist vielmehr, daß der Käufer selbst den Keim der Leistungsstörung ausmachen konnte.²²⁴ Diese Erkenntnismöglichkeit fehlt, wenn die Sache ein dem Veräußerer bekannter Dritter im Besitz hat, weil sich der Käufer dann auf die Angaben des Verkäufers über die Art des Besitzrechtes verlassen muß, ohne sie selbst eigenverantwortlich überprüfen zu können. Die Besitzlage läßt sich jedoch vom Käufer verifizieren.²²⁵ Er kann also selbständig feststellen, ob der Verkäufer oder ein von ihm benannter Dritter die Sache im Moment des Vertragsschlusses noch im Besitz haben oder ob sie abhanden gekommen ist. Es gilt hier also das, was die zweite Kommission²²⁶ zur Begründung des § 307 BGB mit seiner verschuldensabhängigen Haftung angeführt hat: Beide vertragschließenden Teile seien in der Lage, über die Existenz des Gegenstandes Ermittlungen anzustellen.²²⁷

Die *Miete* stellt ebenfalls eine typische Abgabeschuld dar. Hier darf sich der Mieter grundsätzlich darauf verlassen, daß bei Vertragsschluß kein individuelles, rechtliches Hindernis besteht, das dem Vermieter die Gebrauchsüberlassung für die vorgesehene Vertragsdauer unmöglich macht. Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist Besitz des Vormieters anzusehen. Dieses Hindernis ist verkehrsblich, so daß der Mieter damit rechnen muß, daß der Vermieter das Mietobjekt nach Ablauf seines Mietvertrages nicht rechtzeitig herausgibt. Eine Schadensersatzpflicht scheidet ferner aus, wenn beide Parteien wissen, daß das Mietobjekt bereits an einen Dritten vermietet ist, der seit mehreren Jahren abwesend ist und daher davon ausgehen, daß dieser auch in Zukunft von seinem Mietrecht keinen Gebrauch machen werde. Kehrt der erste Mieter nach Vertragsschluß überraschend zurück, so braucht der Anspruch auf Schadensersatz wegen anfänglichen Unvermögens nicht unter Berufung auf die Geschäftsgrundlage²²⁸ abgewiesen zu werden. Der Schadensersatzanspruch entfällt, weil der Mieter angesichts seiner Kenntnis des vorrangigen Mietverhältnisses nicht auf die uneingeschränkte Leistungsfähigkeit des Vermieters vertrauen durfte, weil er, mit anderen Worten, insoweit für eine sinnvolle Planung des Leistungsaustausches nicht auf die besonderen Informationsmöglichkeiten des Ver-

²²² Vgl. *Larenz*, SchR I, S. 91; ferner *Gudian*, NJW 71, 1239ff.

²²³ *Larenz*, SchR I, S. 91; *Emmerich*, in: Grundlagen aaO, S. 366.

²²⁴ So wohl auch *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 235; im Ergebnis auch *Hetzl*, NJW 58, 1173.

²²⁵ Im Ansatz ähnlich *Hetzl*, NJW 58, 1173.

²²⁶ Prot. I, S. 453.

²²⁷ Von daher ist auch die Anwendung des Verschuldensmaßstabes bei hoheitlichen Genehmigungsvorbehalten gerechtfertigt, selbst wenn man einzelne Vorbehalte zu den „anfänglichen Mängeln“ zählen müßte, weil die Versagung der Genehmigung mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet werden mußte. Zu diesem Problemkreis vgl. *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 275, Anm. 9b m. weit. Nachw.

²²⁸ *Larenz*, GG, S. 145f.

mieters angewiesen war. Eine Schadensersatzpflicht ist dagegen gerechtfertigt, falls der Vermieter die Mietsache weiter vermietet, obwohl er das Mietverhältnis mit dem Vormieter nicht fristgerecht beenden kann. Die Information, ob das Mietverhältnis fristgerecht gekündigt werden kann, vermag sich allein der Vermieter zuverlässig zu verschaffen.

Beim *Werkvertrag* erfolgt der Vertragsschluß regelmäßig auf der Basis, daß der Unternehmer über die für die Herstellung des Werkes notwendigen Kenntnisse verfügt. Grundsätzlich können von ihm – wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt – nur die gewöhnlichen Kenntnisse erwartet werden. Von da her muß die Schadensersatzpflicht in dem von Heck²²⁹ in die Diskussion eingeführten Beispiel verneint werden, in dem ein Mechaniker eine Reparatur übernommen hatte, bei der sich später herausstellte, daß zu ihrer Vollendung eine außerordentliche Kunstfertigkeit erforderlich ist, die der Mechaniker nicht besitzt.²³⁰ Die Unkenntnis der für die Reparatur erforderlichen Fähigkeiten darf dem Mechaniker nicht zugerechnet werden, da er insoweit über keinen Beherrschbarkeitsvorsprung verfügt; denn der Besteller, der das schadhafte Gerät zur Reparatur bringt, hatte das Gerät längere Zeit in seinem Einflußbereich. Er war daher im Sinne abstrakter Beherrschbarkeit zumindest ebenso gut in der Lage, die richtigen Vermutungen über die Art der Fehlerquelle anzustellen und sie zu verifizieren, so wie er im Rahmen des § 645 I BGB²³¹ eher die Tauglichkeit des Stoffes zu erkennen vermag. Der Schuldner muß also nur für die Fähigkeiten verschuldensunabhängig eintreten, die von ihm berufstypisch erwartet werden können. Aus dem Mangel atypischer Fähigkeiten²³² heraus, die mit der besonderen Natur des Stoffes in Zusammenhang stehen, darf ihm demzufolge eine uneingeschränkte Schadensersatzpflicht nur aufgebürdet werden, wenn er bei der pflichtgemäßen Untersuchung des Stoffes die Notwendigkeit außerordentlicher Kunstfertigkeit hätte erkennen müssen. Es ist daher entgegen Heck im Falle des anfänglichen Unvermögens keineswegs eine generelle Senkung des Haftungsmaßstabes erforderlich. Um zu einer angemessenen Risikoverteilung zu gelangen, genügt es, den Schuldner nur insoweit mit einer Schadensersatzpflicht zu belasten, als der Gläubiger auf die Leistungsfähigkeit vertrauen kann und der Schuldner allein in der Lage ist, sich über die hierfür relevanten Daten zuverlässig zu vergewissern.

Davon sind natürlich solche Fertigkeiten und technische Einrichtungen abzuheben, die unabhängig davon, wie der Stoff beschaffen ist, zur Erfüllung des Versprechens vorhanden sein müssen. Im Hinblick auf diese Faktoren der Leistungsfähigkeit hat der BGH²³³ zutreffend betont, der Schuldner habe den Schaden auf sich zu

²²⁹ Heck, SchR, S. 142.

²³⁰ Natürlich kann hier von Unvermögen nur gesprochen werden, wenn der Schuldner leistungsfähige Dritte nicht heranziehen kann, weil sich diese weigern, für ihn tätig zu werden. Andernfalls liegt ein normaler Fall der Leistungserschwerung vor.

²³¹ Siehe dazu 3. Kap. S. 160f.

²³² Siehe dazu auch 3. Kap. S. 131f.

²³³ BGH, MDR 63, 404.

nehmen, falls er bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses aus technischen, in seinem Verantwortungsbereich liegenden Gründen außerstande sei, Güter mit der versprochenen Haltbarkeit herzustellen, selbst wenn er die Unzulänglichkeit seiner Kräfte nicht erkennen konnte.

Daraus darf freilich nicht abgeleitet werden, daß der Schuldner ohne Rücksicht auf etwaiges Verschulden immer dort Schadensersatz zu leisten hat, wo die für die Herstellung des Werkes eingesetzte Maschine schon bei Vertragsschluß fehlerhaft oder die von ihm üblicherweise verwandten Verfahren wegen eines Entwicklungsfehlers untauglich waren. Würde man den Bereich des anfänglichen Unvermögens dahin ausdehnen, daß sich der Schuldner schon bei Vertragsschluß Herstellungsmethoden bedient, die sich später als unzulänglich erweisen, so würde man ihn mit einem ungeheuren Risiko belasten, das alle vorhersehbaren Entwicklungsfehler einschließt. Die hier angesprochene Gefahr darf *nicht* in den Kreis der *Gegenwartsrisiken* eingeordnet werden. Sie gehört vielmehr in der Regel zu den *Zukunftsrisiken*; denn sowohl der Einsatz bestimmter Maschinen oder die Verwendung eines bestimmten Herstellungsverfahrens steht bei Vertragsschluß noch keineswegs fest. Der Schuldner hat vielmehr noch die Wahl, mit welchen Mitteln und Methoden er die Leistung erbringen will. Die Entscheidung hierüber fällt erst *nach* Vertragsschluß,²³⁴ weil immer damit zu rechnen ist, daß neue, effizientere Methoden und Verfahren entwickelt werden. Es ist also die Möglichkeit ins Kalkül zu ziehen, daß der Schuldner sich zur Leistung tauglicher Maschinen und Herstellungsverfahren bedient oder aber, daß sich die neu eingeführten Methoden als unbrauchbar erweisen. Da sich der Schuldner endgültig erst nach Vertragsschluß entschließen muß, welchen Weg er zur Leistungserbringung einschlagen will, besteht für ihn auch kein Anlaß, sich im Zeitpunkt der Vereinbarung zu vergewissern, ob bestimmte Geräte oder Produktionsmethoden, die er dann später tatsächlich einsetzt, fehlerfrei sind. Er hat nur sicherzustellen, daß er im Moment des Vertragsschlusses überhaupt über die Fähigkeit verfügt, sein Versprechen unter entsprechendem personellen und sachlichen Aufwand zu erfüllen. Wie er diese Fähigkeiten dann in dem – in der Zukunft liegenden – Leistungsprozeß einsetzt, gehört zu dem Bereich der Zukunftsrisiken. Setzt er sie schlecht ein, so hat er im Rahmen der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit auch den Schaden auf sich zu nehmen, der aus der Pflicht zur Nachbesserung oder zur Wiederholung des Leistungsversuches resultiert. Er haftet jedoch nicht auf das positive Interesse, weil die Wahl der dem Schuldner zur Verfügung stehenden Leistungsmethoden unter die Zukunftsfaktoren fällt, – das damit verbundene Risiko also typischerweise schlechter als das gegenwartsbezogene Risiko zu steuern und aufzufangen ist.

²³⁴ Eine Parallele läßt sich zur Behandlung der hoheitlichen Genehmigungsvorbehalte (*Palandt-Heinrichs*, BGB, § 275 Anm. 9 m. w. Nachw.) ziehen.

2. Ausdehnung der Haftung auf Schadensersatz im Bereich der objektiven Unmöglichkeit

Das BGB hat an die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Leistung die Nichtigkeit des Vertrages und eine Schadensersatzpflicht geknüpft, die einen Sorgfaltsverstoß voraussetzt (§§ 306f BGB). Diese Risikoordnung ist im Großteil der Fälle anfänglicher Unmöglichkeit gerechtfertigt, da beide Parteien in der Lage sind, festzustellen, ob das Versprechen unerfüllbar ist. Dies gilt vor allem in den Fällen, in denen das Versprechen im Widerspruch zu den Naturgesetzen steht. Bei höchstpersönlichen Dienstverträgen vermag allerdings häufig der Gläubiger die Unmöglichkeit²³⁵ der Leistung nicht zu ermitteln. Diese Situation tritt immer dann auf, wenn die Fähigkeiten des Schuldners nicht zur Leistung ausreichen und er die Dienstverpflichtung nicht durch Dritte erfüllen lassen darf. Im Einklang mit einer in der Literatur verbreiteten Auffassung²³⁶ hat in derartigen Fällen der Schuldner das positive Interesse zu ersetzen; denn der Gläubiger vermag bei Vertragsschluß nicht zu erkennen, in welchem geistigen und körperlichen Zustand sich der Schuldner befindet, ohne in dessen Intimsphäre²³⁷ einzudringen,²³⁸ während der Schuldner das Risiko einer solchen Leistungsschwäche zuverlässig bewerten und sie gegebenenfalls ohne Mühe ausräumen kann. Der § 306 BGB ist mithin prinzipiell²³⁹ immer dann zu restringieren,²⁴⁰ wenn der Schuldner allein die Faktoren eruieren kann, die die Leistung von vornherein unmöglich machen.

3. Restriktion der Schadensersatzhaftung

Umgekehrt sind grundsätzlich Normen, die eine Schadensersatzhaftung statuieren, einzuengen, falls sich auch der Gläubiger über die Möglichkeit, den Vertrag zu erfüllen, informieren konnte, es sei denn, daß – wie bei § 538 I BGB – sozialpoli-

²³⁵ So *Enneccerus-Lehmann*, SchR, S. 131; vgl. auch *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 206.

²³⁶ *Larenz*, SchR I, S. 91f; *Staudinger-Werner*, BGB, vor § 275 Anm. 20f; *Soergel-R. Schmidt*, BGB, vor § 275 Anm. 23; v. *Caemmerer*, NJW 56, 569; *Rabel*, Festschrift Bekker, S. 235f; *Neumann-Duesberg*, BB 70, 1464; *Demmel*, Haftung aaO. S. 75.

²³⁷ *Staudinger-Werner*, BGB vor § 275 Anm. 21, der davon spricht, daß das Hindernis ausschließlich in der Sphäre des Schuldners liegt; ferner *Brecht*, JherJb 53, 288.

²³⁸ Hier scheint ein Widerspruch zu § 437 BGB zu entstehen; denn der Verkäufer einer Forderung haftet gemäß § 437 BGB auch dann, wenn die Forderung nur deshalb nicht begründet worden ist, weil sein früherer Vertragspartner unerkannt geisteskrank ist. Im Unterschied zu den hier behandelten Fällen läßt sich bei den Vertragsverhandlungen vielfach anhand von Indizien ein Urteil über den Geisteszustand fällen. Dies muß freilich nicht immer so sein. Da sich die Verhandlungssituation nicht mehr rekonstruieren läßt, eröffnet das Gesetz keine Ausnahmen.

²³⁹ Eine Ausnahme gilt beispielsweise dort, wo ein Mangel außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt. Im Rahmen der Schadensersatzhaftung erscheint eine Anwendung des allgemeinen Vorhersehbarkeitsmaßstabes auch bei sphäreneigenen Störungsquellen angebracht.

²⁴⁰ Unzutreffend *Soergel-R. Schmidt*, BGB, vor § 275 Anm. 23, der zugleich Unmöglichkeit und Unvermögen bejaht und die Haftung auf den vagen Grundsatz der Einstandspflicht stützt.

tische oder andere²⁴¹ Gründe für eine uneingeschränkte Zurechnung sprechen. Hier ist vor allem an die Schadensersatzpflicht bei Veräußerung eines Rechtes zu denken, das im Augenblick des Kontrahierens nicht besteht. Diese Schadensersatzpflicht wird in Literatur und Rechtsprechung, wie schon eingehend dargetan wurde,²⁴² beim Verkauf von Rechten, die überhaupt nicht entstehen können, und gewerblichen Schutzrechten verneint, deren Erfindungsidee bereits veröffentlicht, offenkundig vorbenutzt oder ohne hinreichenden technischen Fortschritt ist (§ 13 I PatG). In allen diesen Fällen ist die generalisierende Regel des § 437 BGB zutreffend zurückgedrängt worden, weil der Gläubiger das Planungsrisiko gleichfalls zu steuern vermag. Man hat diese Entwicklung konsequent auf alle Bereiche zu erstrecken, in denen das Risiko beiderseits beherrscht werden kann.

II. Planungswidriger Aufwand in Form der Aufwandserhöhung

Das Risiko der Leistungerschwerung in Form erhöhten Einsatzes von Material und Arbeitskraft ist dem Schuldner bei den in der Gegenwart liegenden Risikofaktoren nach den Grundsätzen zuzurechnen, die für die der Zukunft angehörenden Risikofaktoren entwickelt worden sind. Der Schuldner muß sich demnach ein Leistungerschwerungsrisiko wegen mangelnder Information über die für die Leistungsplanung relevanten Daten nur zurechnen lassen, wenn er die Gefahr beherrschen bzw. absorbieren konnte und er hierbei im Vergleich zum Gläubiger einen Vorsprung besaß. Liegen die vorteilhafteren Informationsmöglichkeiten beim Gläubiger, so hat dieser die erhöhten Kosten auf sich zu nehmen, falls er es nicht vorzieht, sich unter Ersatz der bisherigen Investitionen vom Vertrag zu lösen.

Ein gutes Beispiel für eine Konstellation, in der der Schuldner vom Leistungerschwerungsrisiko zu befreien ist, weil der Gläubiger über einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung verfügt, liefert der „Rohrverlegungs“-Fall.²⁴³ Ein Unternehmer hatte sich verpflichtet, Rohre auf einer bestimmten Höhe über NN²⁴⁴ zu verlegen. Der Besteller hatte Pläne geliefert, in denen die Höhe der Straße über NN zu niedrig angegeben war. Der Schuldner mußte deshalb die Rohre in größerer Tiefe unter dem Straßenniveau verlegen, als er geplant hatte. Dadurch entstanden ihm wesentliche Mehrkosten.

Das RG²⁴⁵ sprach dem Unternehmer einen Ersatz dieser Mehraufwendungen aus c.i.c. zu. Damit ist das Problem eines erhöhten Aufwandes infolge unzulänglicher Information durch den Gläubiger jedoch nicht völlig gelöst; denn es ist ohne weiteres vorstellbar, daß der Gläubiger fehlerhafte Pläne bereitstellt, ohne daß ihn ein Verschulden trifft.

²⁴¹ Siehe oben S. 118 f.

²⁴² Siehe oben S. 107 ff.

²⁴³ RGZ 95, 58 ff.

²⁴⁴ Normal Null.

²⁴⁵ RGZ 95, 58 ff.

Der § 645 I BGB läßt sich auf diese Fallkonstellation nicht unmittelbar anwenden. Er setzt voraus, daß infolge des Mangels des Stoffes das Werk untergegangen ist, sich verschlechtert hat oder unausführbar geworden ist. Keine dieser Varianten liegt vor; denn der Schuldner braucht bloß mehr Aufwand zu treiben, um das Werk fehlerfrei zu vollenden. Vor allem aber ist die Rechtsfolge des § 645 I BGB nicht auf Leistungserschwerungen zugeschnitten. Sie gibt dem Unternehmer nämlich nur einen Anspruch auf einen der bisher geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung, während es in den hier angesprochenen Fällen um eine Mehrvergütung geht. Damit scheidet auch eine Analogie zu § 645 I BGB aus.

Eine angemessene Risikoverteilung ermöglicht auch hier das Veranlassungs- in Verbindung mit dem abstrakten Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip. Der Ursprung des Mangels liegt in der Sphäre des Gläubigers.²⁴⁶ Er kann ihn deshalb leichter aufspüren, da er besser zu beurteilen imstande ist, wie groß die Gefahr war, daß die Pläne auf unzulänglichen Daten beruhten, und die Pläne auch ohne weiteres auf ihre Richtigkeit hin hätte kontrollieren können. Würde man in dieser Situation dem Schuldner zumuten, die Pläne – nochmals – eingehend zu überprüfen, so würde dies eine gesamtwirtschaftliche Verschwendung von Kontrollaufwand nach sich ziehen.²⁴⁷ Dasselbe gilt auch für einen Vergleich der Absorptionsmöglichkeiten, die beiden Parteien offenstehen. Abgesehen davon, daß der Gläubiger die Gefahr unzutreffender Angaben besser einschätzen kann, weil er die Art ihrer Entstehung kennt, ist dieses Risiko auch typischerweise von potentiell dem Nachfrager zu Nachfrager unterschiedlich gelagert. Es werden sich daher nur schwer zuverlässige Erfahrungssätze herauskristallisieren, die eine reibungslose Absorption dieses Risikos erlauben. Das Risiko wäre somit vom RG auch dann zu Recht dem Gläubiger zugerechnet worden, wenn dieser nicht schuldhaft gehandelt hätte.

III. Zusammenfassung

Der Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanke erlaubt, die von der h. M. befürwortete verschuldensunabhängige Haftung für anfängliches Unvermögen einleuchtend zu begründen. Die Haftung beruht darauf, daß in diesen Fällen allein der Schuldner generell-typisch imstande ist festzustellen, ob bei Vertragsschluß unerwartete Hindernisse existieren, die trotz Anspannung aller seiner Kräfte die Erfüllung mit Sicherheit blockieren werden. Daraus ergeben sich die anerkannten Einschränkungen der Haftung: so für den Fall, in dem dem Verkäufer die Sache kurz

²⁴⁶ Allein hierauf stellt *Fikentscher*, GG, S. 60f ab.

²⁴⁷ Von einem Mangel kann man freilich dann nicht sprechen, wenn der Besteller darauf hingewiesen hat, daß das zu bearbeitende Leistungssubstrat möglicherweise atypische Eigenschaften aufweist. Es ist dann Sache des Unternehmers, zu erkennen zu geben, daß er den Stoff nur mit den verkehrsbüblichen Mitteln untersuchen und im übrigen kein Risiko tragen will. Vgl. BGH, WM 69, 1021f.

vor Vertragsschluß gestohlen worden war, aus dem Umstand, daß sich auch der Käufer über die Besitzlage orientieren konnte.

Andererseits haftet der Schuldner trotz objektiver anfänglicher Unmöglichkeit der von ihm versprochenen Leistung auf das positive Interesse, falls die Leistung aus Gründen unmöglich ist, die in seinem Internbereich wurzeln und nur von ihm erkannt werden können.

Soweit bei Vertragsschluß existierende Risikofaktoren zu einer bloßen Aufwands-erhöhung führen, hat der Schuldner die Leistungerschwerungsgefahr zu tragen, sofern er – wie üblich – über einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung verfügt.

§ 3 Primärzweckstörungen und die Gefahr nutzloser Investitionen (Preisgefahr)

Kann die versprochene Leistung nicht mehr erbracht werden, weil sie unmöglich oder der Schuldner unvermögend ist, so erhebt sich die Frage, wem die Gefahr aufzuerlegen ist, daß sich die im Rahmen des Leistungsversuches getätigten Investitionen als sinnlos erweisen.

Die §§ 306, 323 I BGB haben dieses Risiko in aller Regel dem Schuldner auferlegt und ihn damit über Gebühr belastet. Es gilt daher im folgenden, diese Risikozuordnung vor allem anhand des Veranlassungs- Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips zu korrigieren. Diese drei Elemente, die bei der Verteilung des Risikos planungswidrigen Aufwandes eine wesentliche Rolle spielen, nehmen also auch im Bereich der Primärzweckstörungsrisiken eine Schlüsselrolle ein. Im Unterschied zum Problemkreis „Risiko erhöhten Aufwandes“ ist jedoch für die Behandlung der Preisgefahr die Veranlassung des Risikos nutzlos bleibender Investitionen von größerer Bedeutung. Bei Primärzweckstörungen, d.h. in Fällen, in denen die Leistung unmöglich ist oder wird, darf nämlich der Schuldner in Fällen, in denen seine Investitionen nutzlos bleiben und die Leistungsstörung von ihm weder besser beherrscht noch absorbiert werden konnte, das Risiko nicht einfach auf den Gläubiger abwälzen. Eine Berechtigung ist hierzu nur dann anzuerkennen, wenn der Gläubiger das Risiko, daß bestimmte Aufwendungen nicht zur Erfüllung des Versprechens verhelfen, auch tatsächlich veranlaßt hat. Während bei Leistungerschwerungen nahezu immer die Gefahr erhöhter Kosten vom Gläubiger veranlaßt wird, treten bei Primärzweckstörungen häufiger Konstellationen auf, in denen der Schuldner zwar Aufwendungen getätigt hat, mit denen er die Leistung erbringen will, der Gläubiger jedoch nicht das Risiko veranlaßt hat, daß diese Aufwendungen nutzlos bleiben, weil sie auch nutzlos geblieben wären, wenn der Schuldner nicht mit dem Gläubiger kontrahiert hätte.

Vereinzelt läßt sich das Ziel einer Risikozuordnung, die mit dem Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken in Einklang steht, schon durch eine teleologisch richtige Interpretation derjenigen Normen des BGB erreichen, die den § 323 I BGB durchbrechen. So weist § 552 BGB dem *Mieter* die Preisgefahr in dem Falle zu, daß der Mieter durch „einen in seiner Person liegenden Grund“ an der

Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts gehindert wird. Hier genügt es für eine sachgerechte Verteilung von Zukunftsrisiken, daß die Begriffe „in seiner Person“ extensiv ausgelegt werden. Die Erörterung der zukunftsbezogenen Primärzweckstörungsrisiken bei der Miete ist daher an den Anfang zu stellen. Die Auslegung des § 552 BGB führt freilich bei gegenwartsbezogenen Störungen nicht weiter, da diese Norm nur als Einschränkung des § 323 I BGB, nicht aber des § 306 BGB konzipiert ist. In der zweiten Fallgruppe sind daher ohne Anlehnung an den Gesetzestext die Voraussetzungen für eine Belastung des Gläubigers mit der Preisgefahr herauszuarbeiten.

Beim *Werkvertrag* erscheint eine weitergehende Korrektur der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption der Risikoverteilung angebracht. Sie ist in dreifacher Hinsicht erforderlich. Zum einen klammert § 645 I BGB nur Fälle der Unmöglichkeit, die durch Mängel des Stoffes oder durch fehlerhafte Anweisungen verursacht worden sind, aus dem Geltungsbereich des § 323 I BGB aus. Im Lichte des Veranlassungs- sowie Beherrschbarkeits- und Absorptionselementes ist die hierdurch erzielte Entlastung des Unternehmers von der Gefahr sinnlosen und durch eine Vergütung ungedeckt bleibenden Aufwandes zu gering, da sie kasuistisch nur zwei wesentliche Fallgruppen herausgreift, in denen die Preisgefahr dem Besteller zuzurechnen ist. Zum anderen ist § 645 I BGB nur auf Fälle nachträglicher, nicht aber auch anfänglicher Unmöglichkeit zugeschnitten. Es sind daher Kriterien für eine umfassendere Zurechnung des Risikos von Primärzweckstörungen an den Besteller zu entwickeln. Die durch § 645 I BGB normierten Rechtsfolgen tragen endlich auch nicht der Tatsache ausreichend Rechnung, daß der Besteller in seinem Interesse Leistungskapazität des Unternehmers gebunden hat, die infolge des Unmöglichwerdens der Leistung nicht mehr nutzbringend eingesetzt werden kann, da der Unternehmer nur einen der bisher geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung sowie den Ersatz seiner Auslagen bekommen soll. Die für die Primärzweckstörung maßgeblichen Rechtsfolgen sind daher den Zurechnungsgründen anzugleichen.

Daran schließt sich die Behandlung von Primärzweckstörungsrisiken im Rahmen von *Dienstverträgen* an, die der Gesetzgeber – wie heute allgemein anerkannt ist – zu Unrecht der allgemeinen Regel des § 323 I BGB unterstellt hat.

Die Zuordnung der Gefahr nutzlosen Aufwandes beim *Kauf* bildet das Ende dieses Abschnittes, weil hier zusätzliche Risikoverteilungselemente größere Bedeutung erlangen.

I. Miete

Den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers zufolge sollte normalerweise der Vermieter als Schuldner die Gefahr tragen, daß der Mieter an der vertragsgemäßen Ausübung seines Vertragsrechts gehindert ist (§ 323 I BGB). Nur in den Fällen, in denen das Hindernis „in der Person des Mieters“ gelegen ist, wird dem Vermieter ein Anspruch auf Fortzahlung des Mietzinses zuerkannt, obwohl der Vermieter nicht (mehr) in der Lage ist, dem Mieter den Gebrauch des gemieteten Objektes zu

gewähren. Der Vermieter braucht sich dann von seinem Mietzinsanspruch nur den Wert der ersparten Aufwendungen sowie die Vorteile abziehen zu lassen, die er aus einer anderweitigen Verwertung der Mietsache erlangt.

Dieses Zusammenspiel von Regel und Ausnahme²⁴⁸ deckt sich bei sachgerechter Auslegung des Begriffes „in seiner Person liegenden Grundes“ (§ 552 BGB) mit den Ergebnissen, die auf dem Boden des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips erzielt werden.²⁴⁹

1. Die Zurechnung des Risikos an den Vermieter bei nachträglicher Unmöglichkeit

Vielfach muß sich der Vermieter die Unmöglichkeit des Gebrauches allein deshalb zurechnen lassen, weil im konkreten Fall der Mieter keine Fehlinvestitionen veranlaßt hat. Von der Veranlassung sinnlosen Aufwandes darf man nämlich nur dann sprechen, wenn die *Gefahr*, daß die *Nutzung des Mietobjektes unmöglich wird*, gerade durch den mit dem Mieter abgeschlossenen Mietvertrag *erhöht* worden ist; denn beim Mietvertrag, bei dem das Mietobjekt üblicherweise schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses existiert, bindet der Vermieter lediglich die durch das Mietobjekt verkörperten Gebrauchsmöglichkeiten an den Mieter, die ihm die Chance eröffnen, Mietzins zu erhalten. Seine Investition, die er im Rahmen des durch das spätere Unmöglichwerden der Ausübung des Gebrauchsrechtes nutzlos werdenden Leistungsversuchs tätigt, besteht mithin darin, daß er die einen wirtschaftlichen Wert verkörpernde Gebrauchsmöglichkeit dem Mieter zur Verfügung stellt. Diese Investition ist auf Veranlassung des Mieters fehlgeleitet, falls die Möglichkeit zum Gebrauch *erhalten geblieben wäre*, sofern das Mietobjekt nicht dem konkreten Mieter, sondern *anderen potentiellen Mietern* überlassen worden wäre. Sind der Mieter *und alle anderen potentiellen Mieter* zum Gebrauch des Mietobjektes *außerstande*, so hat der Mieter auch *keine Fehlinvestition* des Vermieters *verursacht*, da die aus dem Mietobjekt fließenden Nutzungsmöglichkeiten *bei keinem* der Nachfrager hätten sinnvoll eingesetzt werden können. In einem derartigen Fall einer *homogenen* Primärzweckstörung ist, wie sich später erweist, die vom Vermieter getätigte Investition wertlos, weil die ihr zugrunde liegende Gebrauchsmöglichkeit keinem der in Betracht kommenden Nachfrager einen Nutzen zu verschaffen vermag. Die Preisgefahr ist daher im Einklang mit § 323 I BGB dem Vermieter aufzuerlegen.

Eine vom Mieter veranlaßte Fehlleitung nutzbringender Leistungskapazität scheidet beispielsweise in Fällen aus, in denen das Mietobjekt durch hoheitliche Verfügung beschlagnahmt wird, seine weitere Benutzung verboten oder der Gebrauch infolge unbeherrschbarer Ereignisse, die mit der individuellen Nutzung durch den Mieter nicht zusammenhängen, unmöglich wird. Das RG²⁵⁰ hat daher zutreffend dem Verpächter einer Jagd das Risiko der Nutzbarkeit zugerechnet, als dem Pächter die Ausübung der Jagd unmöglich wurde, weil die Besatzungsbehörde in dem Jagdgebiet zuerst eine Ausgangssperre verhängt und dann das Jagen untersagt hatte.

²⁴⁸ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 31 f.

²⁴⁹ Siehe auch oben S. 156, 180 ff, 197 ff.

²⁵⁰ RGZ 98, 101 ff.

Obwohl sich die Verbote an den Jagdpächter richteten und man deshalb behaupten könnte, daß das Gebrauchshindernis „in seiner Person“ entstanden sei, hat das RG zu Recht nicht auf § 552 BGB abgehoben. Die Verfügungen der Besatzungsmacht hätten nämlich jeden potentiellen Jagdpächter an der Ausübung des Jagdrechts gehindert. Der Vertrag mit dem konkreten Jagdpächter hat also nicht dazu geführt, daß die Gefahr eines umfassenden Verbotes, Jagd zu betreiben, und damit eines Unmöglichwerdens des Gebrauchs erhöht wurde.

Ist die Leistung des Vermieters infolge eines Ereignisses unmöglich geworden, das auch *alle anderen* potentiellen Nachfrager an der Nutzung des Mietobjektes gehindert hätte, so braucht weder nach den *Beherrschungsmöglichkeiten beider* Parteien noch nach einem etwaigen *Absorptionsvorsprung des Vermieters* gefragt zu werden; denn ist die Leistungsstörung durch einen Umstand ausgelöst worden, den der Vermieter besser steuern oder dessen Folgen er besser auffangen konnte, so hat der Vermieter das Risiko erst recht zu tragen. Andererseits muß man in all den Fällen, in denen der Mieter das Risiko besser zu beherrschen in der Lage war, davon ausgehen, daß die Leistungskapazität fehlgeleitet worden ist, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß andere potentielle Mieter die Störung durch entsprechende Vorkehrungen abgewehrt hätten.

Trotz mangelnder Veranlassung der Fehlleitung von Leistungskapazität darf daher *dem Mieter* das Primärzweckstörungsrisiko nur zugerechnet werden, falls er über einen *Absorptionsvorsprung* verfügte. Dies wird bei Gefahren, die sich auf alle Nachfrager gleichermaßen ausgewirkt hätten, nur selten zu bejahen sein. Derartige Gefahren müssen notwendig aus der neutralen Sphäre stammen, wenn sie alle potentiellen Mieter mit derselben Intensität bedrohen sollen. Die hieraus entspringenden Störungen vermögen, sofern sie überhaupt vorhersehbar sind, Mieter und Vermieter vielfach gleich gut vorherzusehen und einzukalkulieren. Das ist in all den Fällen anzunehmen, in denen die Störung sich zunächst in der Person des Vermieters oder auf das Mietobjekt selbst auswirkt. Zu denken ist hier beispielsweise an ein an den Vermieter gerichtetes hoheitliches Verbot, das Mietobjekt Dritten zu überlassen, oder an Beschlagnahme des Mietgegenstandes.

Realisiert sich die Störung zunächst in der Person des Mieters und hätte sie sich auch in der Person aller anderen potentiellen Mieter bemerkbar gemacht, so wird man im Einzelfall zu prüfen haben, ob wegen der spezifischen Nutzung des Mietobjektes und des besonderen Charakters der Störungsursache der Mieter das Risiko zuverlässiger prognostizieren konnte. So wird man etwa in einem Fall, in dem ein an alle Kraftfahrzeugbenutzer gerichtetes Fahrverbot ergeht, annehmen können, daß Vermieter und Mieter über gleichwertige Informationsmöglichkeiten verfügten. Es wäre hier verfehlt, einfach in Anlehnung an den Wortlaut des § 552 BGB darauf abzuheben, daß sich das hoheitliche Verbot an den Mieter wendet, also „in seiner Person“ liegt. Dort, wo ein Verbot, ein nur für einen kleinen Kreis von potentiellen Mietern brauchbares Objekt zu nutzen, *eng mit deren Person verbunden ist*, ist es freilich denkbar, daß der Mieter die drohende Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung besser vorherzusehen in der Lage ist. Derartige Fälle, in denen ein klarer

Informationsvorsprung des Mieters zu erkennen ist, werden allerdings nur selten auftauchen.

Beruhet die Unmöglichkeit der Ausübung des Gebrauchsrechts auf einer *heterogenen* Störung, auf einer Störung also, die *nicht alle* potentiellen Mieter gleichermaßen getroffen hätte, so darf grundsätzlich dem Vermieter das vom individuellen Mieter veranlaßte Nutzungsrisiko ausschließlich aufgrund seines Beherrschbarkeits- und vor allem seines Absorptionsvorsprungs zugerechnet werden. So hat der Vermieter die Preisgefahr zu tragen, falls der Mieter das Mietobjekt für seine besonderen Zwecke nicht gebrauchen kann, weil der Vermieter seiner Verpflichtung aus § 536 BGB nicht rechtzeitig und ausreichend nachkommt, das Mietobjekt in einem tauglichen Zustand zu erhalten.

Der Vermieter hat das Risiko aber auch dann zu tragen, wenn das Mietobjekt *beschädigt* wird, selbst wenn die Ursache für diesen Schaden aus der neutralen Sphäre stammt. Es wurde bereits darauf hingewiesen,²⁵¹ daß der Vermieter den Wertverlust, der infolge einer Zerstörung des Mietobjekts eintritt, leichter absorbieren kann, da er das Risiko billiger zu versichern in der Lage ist. Er vermag das Risiko langfristig besser zu kalkulieren und zu streuen, obwohl das Mietobjekt bei den einzelnen Mietern unterschiedlichen Gefahren exponiert wird. Dies gilt im wesentlichen auch für das Risiko der Nutzbarkeit des Mietobjektes. So deckt beispielsweise die Gebäudefeuerversicherung auch den Ausfall der Mietzinsforderung.²⁵² Selbst wenn keine Versicherungsmöglichkeiten gegeben sind, so wird doch der Vermieter die langfristig dem Mietobjekt unmittelbar drohenden Gefahren besser einkalkulieren können.

Der Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Schuldners endet zwar dort, wo von außen kommende Störungen unvorhersehbar und unversicherbar sind, zumal wenn sie durch eine atypische Verwendung des Mietobjektes begünstigt wurden. Derartige Risiken treffen – läßt man die unterschiedlichen Vermögensverhältnisse von Vermieter und Mieter außer acht – den Vermieter nicht minder schwer als den Mieter, so daß an sich das Veranlassungsprinzip für die Risikozuordnung an den Mieter den Ausschlag geben müßte. Man wird hier jedoch auch die sozialpolitischen Ziele, die bei der Normierung der Schadensersatzpflicht aus § 538 I BGB eine wesentliche Rolle gespielt haben, berücksichtigen müssen. Das Risiko ist deshalb in Übereinstimmung mit den §§ 323 I, 552 BGB beim Vermieter anzusiedeln.

2. Die Zurechnung des Risikos an den Mieter bei nachträglicher Unmöglichkeit

Dem Mieter wird das Risiko, von der oben genannten, sozialpolitisch motivierten Ausnahme abgesehen, in all den Fällen zugerechnet, in denen sich die Störung bei einer Nutzung durch *andere potentielle* Mieter *nicht* ereignet hätte und der Vermieter weder einen Beherrschbarkeits- noch einen Absorptionsvorsprung besitzt. Diese

²⁵¹ Siehe oben S. 251f.

²⁵² Nachtrag 1 (6) e I der Allgemeinen Feuerversicherungsbedingungen, abgedruckt bei Prölss-Martin, VVG, Anh. II zu §§ 81–107c.

Konstellation kann in zwei Fallgruppen auftreten: einmal in den Fällen, in denen die Störung aus dem *Organisationsbereich des Mieters* stammt, und zum anderen bei den im *neutralen Bereich* liegenden Gefahrenquellen.

Entspringt die Störung der *Sphäre des Mieters*, so wird man in aller Regel einen „in der Person des Mieters liegenden Grund“ bejahen können. Das gilt beispielsweise für die Fälle, in denen der Schuldner erkrankt und aus diesem Grunde das Mietobjekt nicht zu gebrauchen imstande ist. Dem Risiko der Erkrankung sind nicht alle potentiellen Mieter gleichermaßen ausgesetzt. Es kann auch – in Grenzen – allein vom Mieter in Schach gehalten, jedenfalls von ihm aber besser eingeschätzt werden. Ist es für ihn unvorhersehbar gewesen, so genügt die bloße Veranlassung der Fehlleitung von Leistungskapazität, um ihm das Risiko zuzuweisen, weil der Vermieter ein solches Risiko ebensowenig zu beherrschen und zu absorbieren vermag. Ferner wird man von einem Beherrschbarkeits- und Absorptionsnachteil des Vermieters sprechen müssen, wenn das Mietobjekt durch atypische Eingriffe des Mieters beschädigt wird und gegen die daraus entstehenden Schäden keine Versicherungsmöglichkeiten existieren.

Häufig werden auch die „in der Person des Mieters liegenden“ Gebrauchshindernisse durch Störungen verursacht, die „*von außen*“ kommen. Typische Fälle derartiger Störungen sind Einberufung zum Militärdienst, dienstliche Versetzung²⁵³ oder hoheitliches Verbot, ein Gewerbe zu betreiben, zu dessen Ausübung das Mietobjekt angemietet worden ist. Sie rühren durchwegs aus *heterogenen* Gefahrenquellen her, die wesentlich durch die individuellen Verhältnisse der Mieter geprägt sind. Solche Gefahren können allenfalls vom Mieter abgewehrt werden. Sind diese Gefahren evident unbeherrschbar, so vermag doch der Mieter ihre Wahrscheinlichkeit wegen ihres engen Zusammenhangs mit seiner Person besser abzuschätzen und für ausreichende Rückstellungen²⁵⁴ zu sorgen. Man wird demnach dem Mieter grundsätzlich das Risiko zuzurechnen haben, daß sich eine „von außen“ einwirkende Störung zunächst in seiner Person auswirkt und den Gebrauch des Mietobjektes blockiert, da normalerweise der Mieter die Gefahr besser zu überblicken und effizienter zu steuern in der Lage war. Das Risiko fällt dem Vermieter erst dann zur Last, wenn das in der Planung unberücksichtigt gebliebene Ereignis nicht nur Gruppen von potentiellen Nachfragern,²⁵⁵ sondern aller Wahrscheinlichkeit nach sämtliche potentiellen Nachfrager getroffen hätte.

3. Die Preisgefahr bei anfänglicher Unmöglichkeit

§ 552 BGB verpflichtet den Mieter unter Einschränkung des § 323 I BGB nur dann zur Zahlung des Mietzinses, wenn er durch einen in seiner Person liegenden

²⁵³ Die Begünstigung von Militärpersonen, Beamten etc. gemäß § 570 BGB eröffnet nur ein die vertraglich vereinbarten Fristen abkürzendes, gesetzliches Kündigungsrecht.

²⁵⁴ Insoweit sind Mieter, die das Mietobjekt zu gewerblichen und zu privaten Zwecken gebrauchen, gleich zu behandeln, wie auch sonst das BGB in der Regel private Letztverbraucher wie Unternehmer behandelt. Siehe oben S. 82 f.

²⁵⁵ Vgl. hierzu die Beispiele bei Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 33.

Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert „wird.“ Ist der Mieter schon bei Vertragsschluß aus einem in seiner Person liegenden Grunde außerstande, das Mietobjekt in Gebrauch zu nehmen, so greift § 552 BGB seinem Wortlaut zufolge nicht ein. Die Risikoverteilung richtet sich vielmehr nach den §§ 306, 307 BGB, die dem Vermieter nur einen Anspruch auf den Vertrauensschaden geben und auch das nur, falls der Mieter schuldhaft gehandelt hat. Die Diskrepanz zur Risikoverteilung in Fällen nachträglicher Primärzweckstörungen ist evident.

Nun wird zwar auch im Bereich der Risiken planungswidrigen Aufwandes danach differenziert, ob die Störungsquelle zu den gegenwarts- oder zu den zukunftsorientierten Planungsfaktoren gehört.²⁵⁶ Diese Differenzierung war jedoch vom Standpunkt des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens voll gerechtfertigt. Sie knüpfte nämlich an die Tatsache an, daß das Risiko, das von in der Gegenwart liegenden Störungsquellen herrührt, leichter zu steuern und absorbieren ist, da die Existenz einer Störungsquelle schon bei Vertragsschluß mit Sicherheit ausgemacht werden kann. Die bessere Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit derartiger Risiken führt zu einer verschuldensunabhängigen Schadensersatzpflicht.

Bei der Verteilung der Preisgefahr ist jedoch aus der Sicht des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens eine Differenzierung zwischen gegenwarts- und zukunftsbezogenen Störungen fehl am Platze. Das Gesetz hat eine derartige Trennungslinie auch nicht überall gezogen. Sowohl der § 323 I BGB als auch der § 306 BGB weisen dem Vermieter das Aufwandsrisiko dort zu, wo die Störung homogen oder vom Vermieter besser gesteuert oder absorbiert werden kann. In beiden Fallgruppen wird an den Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung des Vermieters in Hinblick auf das Aufwandsrisiko die schwerste Rechtsfolge geknüpft, nämlich Verlust bzw. Verhinderung eines Entgeltanspruches. Wenn nun § 552 BGB in Situationen, in denen der Mieter ein nach Vertragsschluß entstehendes Gebrauchshindernis besser zu steuern oder dessen Folgen zu absorbieren in der Lage ist, den Mieter mit dem Aufwandsrisiko belastet, so muß das erst recht in Fällen gelten, in denen der Mieter hierzu schon bei Vertragsschluß imstande war. Der Mieter, der eine Ferienwohnung nicht benutzen kann, weil er bereits im Moment der Vereinbarung des Mietvertrages krank und reiseunfähig ist, ist nicht schutzwürdiger als der Mieter, der erst nach Abschluß des Vertrages krank wird. Die gesteigerte Beherrschbarkeit dieses Risikos durch den Mieter müßte sogar zu einer besonders intensiven Zurechnung führen. Eine solche Steigerung ist aber weder möglich noch angebracht, da der Vermieter gemäß § 552 BGB all das als Ausgleich für seinen Aufwand bekommt, was er nach dem Vertrag erwarten durfte. Es genügt für eine vom Standpunkt der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit angemessene Risikoverteilung, den § 552 BGB auf gegenwartsbezogene Störungen analog anzuwenden. Diese Parallele ist auch in Fällen zu ziehen, in denen beide Parteien das Risiko gleich gut oder aber gar nicht beherrschen bzw. absorbieren können. Auch hier spricht der Be-

²⁵⁶ Siehe oben S. 236 ff.

herrscharkeits- und Absorptionsgedanke für eine Gleichbehandlung der Fallgruppen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit.

Man könnte allenfalls einwenden, daß der Vermieter bei anfänglicher Unmöglichkeit leichter umdisponieren kann als bei nachträglicher Unmöglichkeit, wenn das Leistungshindernis erst im Erfüllungszeitraum auftaucht. Das muß aber nicht notwendig so sein; denn auch bei anfänglichen Störungen sind ohne weiteres Fälle vorstellbar, in denen das Hindernis erst kurz vor Beginn der geplanten Erfüllung erkannt wird. Zum anderen ist es keineswegs sicher, daß der Vermieter noch rechtzeitig einen Ersatzmieter finden kann. Das hängt von mehreren Faktoren, wie der aktuellen Marktlage, der Zeit, die noch bis zum Beginn der geplanten Erfüllung verbleibt, sowie der Mietdauer ab. Je kürzer der Zeitraum bis zum Beginn der geplanten Überlassung und die Mietdauer, je größer das Angebot an Mietobjekten ist, desto höher ist das Risiko für den Vermieter, trotz ausreichender Bemühungen²⁵⁷ keinen Ersatzmieter zu finden, der die Investitionen nutzen kann. Dieses Risiko ist dem Mieter zuzuweisen, der es in den hier zur Diskussion stehenden Konstellationen heterogener Primärzweckstörungen veranlaßt hat und es zumindest ebenso gut wie der Vermieter zu beherrschen bzw. zu absorbieren vermag.

4. Rechtsfolgen

Die Rechtsfolgen ergeben sich teilweise aus den §§ 306, 323 I bzw. dem § 537 I BGB. Sie greifen immer dann ein, wenn der Vermieter das Risiko nutzlosen Aufwandes (Preisgefahr) zu tragen hat. Umgekehrt bestimmt sich das Ausmaß, in dem sich der Mieter die Gefahr zurechnen lassen muß, nach dem § 552 BGB, d.h., er muß grundsätzlich das vereinbarte Entgelt unter Abzug der vom Vermieter ersparten Aufwendungen und des Betrages, den der Vermieter aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauches erlangt, fortzahlen. Davon können sich die in § 570 BGB genannten Personen, denen die Nutzung infolge Versetzung unmöglich wird, vorzeitig lösen. Inwieweit daneben in analoger Anwendung des § 649 BGB dem Mieter allgemein ein außerordentliches Kündigungsrecht zu eröffnen ist, soll später²⁵⁸ erörtert werden.

II. Werkvertrag

Auch im Rahmen des Werkvertragstypus hat das Gesetz das mit dem Unmöglichkeitsbegriff verknüpfte Dogma vom „do ut des“ durchbrochen. Es hat den Besteller, der unzulängliche Anweisungen gibt oder mangelhaften Stoff liefert, durch den die Herstellung des Werkes (partiell) unmöglich wird, verpflichtet, dem Unternehmer den bis zum Zeitpunkt des Unmöglichwerdens geleisteten Aufwand an Arbeitskraft und Sachmitteln zu ersetzen. Im Lichte einer konsequent die Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“, „Absorption“ entfaltenden Risiko zu-

²⁵⁷ Siehe unten S. 364 ff.

²⁵⁸ Siehe unten S. 364 ff.

ordnung erweist sich die Ausnahmegvorschrift des § 645 I BGB unter zwei Aspekten als zu eng. Einmal trägt sie den Fällen zu wenig Rechnung, in denen sich die Störung nicht unmittelbar im Organisationsbereich des Unternehmers, sondern beim Besteller niederschlägt, ohne daß man ohne weiteres von einem „vom Besteller gelieferten Stoff“ sprechen könnte. Die bekannten, literarisch erörterten Fälle sind hier: Das gestrandete Schiff, das freigeschleppt werden soll, bricht in einer Sturmflut auseinander²⁵⁹ bzw. kommt durch sie frei; die Kirche, die der Maler bereits teilweise mit Fresken ausgeschmückt hat, brennt ab. Aus der Rechtsprechung ist ein Fall besonders illustrativ. Im „Pockenimpf“-Fall²⁶⁰ konnte der Besteller die bei einem Reiseunternehmen gebuchte Reise nicht antreten, weil die spanischen Behörden nach Abschluß des Vertrages ein Einreiseverbot für Personen erlassen hatten, die nicht gegen Pocken geimpft waren. Der Besteller mußte auf die Reise verzichten, da einer der Familienangehörigen impfunfähig war. Zum anderen ist das Ausmaß, in dem der § 645 I BGB den Besteller mit den Risikofolgen belastet, zu gering. Diese Rechtsfolgen müssen besser mit dem Veranlassungsgedanken in Einklang gebracht werden. Zugleich sind auch die Voraussetzungen, unter denen der Besteller den nutzlosen Aufwand auf sich zu nehmen hat, auszuweiten.

1. Die Belastung des Unternehmers mit dem Aufwandsrisiko bei nachträglicher Unmöglichkeit bzw. Verschlechterung der Werkleistung

In der Masse der die Werkvertragsleistung vereitelnden Störungen ist die von § 323 BGB angeordnete Rechtsfolge angemessen. Zwar wird man gerade beim Werkvertrag nur selten dazu kommen können, die Veranlassung des später sinnlos werdenden Aufwandes total zu verneinen, weil jedenfalls Material gezielt zur Erstellung des Werkes eingesetzt worden ist. In aller Regel vermag aber der Unternehmer die in Betracht kommenden Risiken besser als der Besteller zu beherrschen oder zumindest zu absorbieren. Soweit die Störungen aus *seinem Organisationsbereich* stammen, ist das evident. Aber auch bei den Störungen, die „von außen“ auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmers einwirken, liegen typischerweise die besseren Beherrschbarkeits- und Absorptionsmöglichkeiten beim Unternehmer. Das gilt zunächst für all die *vorhersehbaren* Einflüsse auf die vom Unternehmer aufgebaute und kontrollierte Leistungsorganisation. Sie vermag der Unternehmer nicht nur kostengünstiger durch entsprechende Abwehrvorkehrungen in die gewünschten Bahnen zu lenken, sondern auch kraft Fachnähe und beruflicher Spezialisierung besser zu prognostizieren. Er ist deshalb auch in der Lage, die wirtschaftlich optimalen Sicherungen zu treffen und in Fällen, in denen sich Schutzmaßnahmen nicht rentieren, ausreichende Rückstellungen zu machen. Diesen Vorsprung wird man aus den gleichen Gründen regelmäßig auch dort zu konstatieren haben, wo der Unter-

²⁵⁹ Die seerechtlichen Vorschriften (§§ 740ff HGB) bleiben bei der Erörterung des „Abschlepp“-Falles ausgeklammert.

²⁶⁰ BGH, NJW 73, 318.

nehmer zur Erfüllung seines Versprechens Material und Arbeitskräfte beschaffen muß, die infolge vorhersehbarer Umstände nicht mehr im Erfüllungszeitraum zu bekommen sind.

Selbst bei *unvorhersehbaren* Ereignissen hat man einen Absorptionsvorsprung des Unternehmers zumindest dann zu bejahen, wenn sich das Aufwandsrisiko in Form einer Zerstörung eines Gerätes oder sonstiger Hilfsmittel realisiert, die zur Leistungserbringung eingesetzt werden. Dieses Risiko vermag der Unternehmer ebenso wie der Vermieter leichter zu absorbieren, weil er es billiger versichern und einfacher auf eine Vielzahl von Werkverträgen verteilen kann, während es den Besteller mit voller Wucht treffen würde.²⁶¹

2. Die Belastung des Bestellers mit dem Aufwandsrisiko bei nachträglicher Unmöglichkeit oder Verschlechterung der Werkleistung

Eine Zurechnung an den Besteller kommt demnach in drei Fallgruppen in Betracht. Die eine ist dadurch gekennzeichnet, daß die Gefahrenquelle *in der Sphäre des Bestellers* liegt. Entspringt die Störung dem *neutralen* Bereich, so wird man häufig einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Unternehmers verneinen müssen, – nämlich immer dann, wenn sie sich zunächst auf *Objekte bzw. Subjekte* auswirkt, die zur Sphäre des *Bestellers* gehören. Schließlich ist an die Fälle zu denken, in denen *unvorhersehbare* Störungen die Anstrengungen für die Leistung zunichte machen, – Anstrengungen, die Erfolg gehabt hätten, wenn der Unternehmer Aufträge anderer potentieller Nachfrager angenommen hätte. Für die Risikozurechnung an den Besteller gilt hier also die Voraussetzung, daß dieser den Unternehmer zu Investitionen von persönlichen oder sachlichen Mitteln veranlaßt und darüber hinaus auch für einen gewissen Zeitraum dessen Leistungskapazität an sich gebunden hat.

Zur zweiten Fallgruppe gehören der „Fresken“- und der „Abschlepp“-Fall. Im „Fresken“-Fall vermochte ausschließlich der Besteller die Brandgefahr einigermaßen exakt zu bewerten und abzuwehren, da der Maler keinerlei Einfluß auf die bauliche Ausgestaltung der Kirche und sonstige Schutzmaßnahmen besaß.²⁶²

Im „Abschlepp“-Fall ist die Unmöglichkeitsursache zwar unbeherrschbar gewesen, die Gefahr einer Sturmflut, die das Schiff auseinanderbrechen läßt, konnten indessen beide Vertragspartner gleich gut vorhersehen, während der Besteller sogar über einen Informationsvorsprung im Hinblick auf die Lage und den Zustand des Schiffes verfügte. Der Besteller konnte daher die Gefahr, daß der Abschleppversuch nicht zu einem Erfolg führen würde, zumindest mit derselben Genauigkeit kalkulieren, die der Unternehmer zu erreichen imstande war. Man könnte allenfalls daran denken, in derartigen Fällen einen Absorptionsvorsprung des Unternehmers mit dem Argument zu begründen, daß diese Risiken vom Unternehmer langfristig zu-

²⁶¹ Siehe oben S. 186 f.

²⁶² Im Ergebnis a. A. *Flume* AT, S. 514 f.

sammengefaßt und gestreut werden können. Dieses Argument erscheint bei Störungen, die „von außen“ kommen und sich erst mittelbar beim Unternehmer bemerkbar machen, nur dann stichhaltig, wenn es sich um typische Störungen handelt.²⁶³ Hierher wird man sicherlich die Gefahr eines Blitzschlages zählen dürfen, der das vom Schuldner teilweise errichtete Bauwerk²⁶⁴ zerstört.²⁶⁵ Im „Abschlepp“-Fall läßt sich das weder generell bejahen noch verneinen; denn die Entscheidung hängt im wesentlichen von der Art der Sturmflut und dem Ort ab, an dem das Schiff gestrandet ist. Ist unter bestimmten Umständen öfter mit einem Auseinanderbrechen des Schiffes zu rechnen, so wird man von einem Absorptionsvorsprung des Schuldners kraft beruflicher Erfahrung ausgehen können.²⁶⁶

Hat freilich ein ganz *ungewöhnlicher* Faktor zum Unmöglichwerden der Leistung geführt, so entfällt ein Absorptionsvorsprung des Unternehmers, zumal wenn er eng mit den individuellen Verhältnissen des Bestellers verknüpft ist. Mußte der Bauunternehmer beispielsweise die Errichtung eines Bauwerkes einstellen, weil nach Vertragsschluß infolge hoheitlicher Anordnung das Werk trotz anfänglicher Baugenehmigung nicht mehr so wie geplant errichtet werden durfte,²⁶⁷ so dürfte dieses Risiko so ungewöhnlich sein, daß auch langfristige Erfahrungen nicht zu einem Absorptionsvorsprung des Unternehmers führen.

Auf der gleichen Linie bewegt sich der „Pockenimpf“-Fall.²⁶⁸ Das unbeherrsch-

²⁶³ Die gegenteilige Folgerung zieht *Flume*, (in: Hundert Jahre Dt. Rechtsleben Bd. I, S. 226; *ders.* AT, S. 515) aus dem Umstand, daß gewisse Risiken typisch sind: Die gesetzliche Regelung der Risikoverteilung beim Werkvertrag sei dort unvollständig, wo typischerweise damit zu rechnen sei, daß das Werk nicht zur Ausführung kommt. Als Beispiel nennt Flume den Fall, daß der Arzt zur Operation gerufen wird, die nicht stattfinden kann, weil der Patient sie nicht ertragen würde oder bereits verstorben ist. Bei diesen typisch mit Risiko behafteten Verträgen ergebe sich aus deren typischen Sinn, daß der *Besteller* zwar nicht die volle Vergütung, wohl aber die den tatsächlichen Bemühungen entsprechende Vergütung zu zahlen habe. – Die Typizität des Risikos legt es nun vielmehr nahe, das Risiko voll dem Unternehmer zuzuweisen, der es aufgrund seiner beruflichen Erfahrung zu kalkulieren und zu streuen imstande ist; denn der Unternehmer könnte die Folgen eines durch Primärzweckvereitelung sinnlos gewordenen Aufwandes sicherlich viel leichter tragen, wenn er mit dem Risiko typischerweise rechnen mußte, als wenn es ihn ganz unerwartet trifft. Diese Folgerung zieht Flume in dem von ihm angeführten Beispiel zu Recht nicht. Der für den Umfang des Risikos bestimmende Faktor liegt in der Sphäre des Bestellers und kann von diesem im Einzelfall genauer quantifiziert werden. Allerdings erscheint ein Übergang zu einer auf einer Durchschnittskalkulation basierenden Betrachtungsweise dann erwägenswert, wenn die in der Sphäre des Bestellers liegenden Risiken so typisch sind, daß sie statistisch einigermaßen exakt bewertet werden können.

²⁶⁴ Vgl. zu einer derartigen Konstellation auch *Posner*, *Analysis*, aaO, S. 50.

²⁶⁵ Es wird hier unterstellt, daß das Werk im vertraglich vereinbarten Erfüllungszeitraum nicht mehr hergestellt werden kann.

²⁶⁶ Vgl. *Flume*, AT, S. 515, der im Ergebnis einen Absorptionsvorsprung des Unternehmers in Hinblick auf diejenige Leistungskapazität des Unternehmers bejaht, die bislang noch nicht eingesetzt worden ist.

²⁶⁷ Weil beispielsweise die Baugenehmigung nach einer Anfechtungsklage des Nachbarn aufgehoben wird.

²⁶⁸ BGH, NJW 73, 318.

bare Einreisehindernis „fehlende Pockenimpfung“ war sicher nicht ganz unvorhersehbar. Man kann sogar von dem auf Auslandsreisen spezialisierten Reiseunternehmen erwarten, daß es Reisebeschränkungen, die im Gefolge von Pockenerkrankungen verfügt werden, besser zu prognostizieren vermag. Das gilt vor allem dann, wenn vor dem Abschluß des Reisevertrages Pockenerkrankungen gemeldet worden sind. Hier bringt die berufliche Spezialisierung dem Unternehmen einen klaren Informationsvorteil, der nicht ohne Auswirkungen auf die Fähigkeit bleibt, Risiken zu absorbieren. Dieser Informationsvorsprung reicht jedoch nicht aus, um einen Absorptionsvorsprung des Reiseunternehmens zu bejahen. Man darf nämlich nicht übersehen, daß es im „Pockenimpf“-Fall nicht um die Gefahr eines totalen Einreiseverbotes geht, sondern letztlich um die *Gefahr der Impfunfähigkeit* des Bestellers bzw. seiner Familienangehörigen; denn jede gegen Pocken geimpfte Person konnte weiterhin frei einreisen. Die für die individuelle Impffähigkeit relevanten Daten liegen in der Sphäre des Bestellers und können von diesem auch leichter und zuverlässiger erkannt werden. So scheiterte im konkreten Fall die Reise daran, daß die vierjährige Tochter des Bestellers an Bronchitis erkrankt war und deshalb überhaupt nicht geimpft werden durfte. Den aktuellen Gesundheitszustand und die Anfälligkeit gegen Erkrankungen kann das Reiseunternehmen gar nicht übersehen. Da heute für einen Besteller die Tatsache, daß beim Auftreten von Pockenerkrankungen Reisebeschränkungen für Personen ohne Schutzimpfung erlassen werden, auch nicht gänzlich unvorhersehbar ist, muß man davon ausgehen, daß der Besteller im konkreten Fall die Gefahr, die Reise wegen Impfunfähigkeit eines der mitreisenden Familienmitglieder nicht antreten zu können, besser vorhersehen und deshalb zumindest ebenso gut wie das Reiseunternehmen absorbieren konnte.

Hiergegen darf man nicht einwenden, das Reiseunternehmen könne in langfristiger Betrachtungsweise die durchschnittliche Wahrscheinlichkeit eines Reisehindernisses aufgrund einer Impfunfähigkeit ermitteln und auf dieser Basis das Risiko streuen. Dabei wird zum einen übersehen, daß der Reisende sich selbst gegen das Risiko versichern kann, wenn er glaubt, daß die Gefahr, zur Reise außerstande zu sein, die Aufwendungen der Versicherungsprämien lohnend erscheinen läßt. Zum anderen ist, wie § 645 I BGB zeigt,²⁶⁹ im Rahmen des Absorptionsprinzips jedenfalls dann von einer Einzelbetrachtung auszugehen, wenn das konkrete Risiko *atypisch*²⁷⁰ ist. Dazu gehört auch die Gefahr der Impfunfähigkeit. Die Kunden des Unternehmens, bei denen diese Gefahr gering ist oder gänzlich ausscheidet, sollen nicht gezwungen werden, über den Preis höhere Risiken anderer Kunden zu finan-

²⁶⁹ Siehe 3. Kap. S. 163f. Was dort für den Beherrschbarkeitsgedanken ausgeführt wurde, gilt gleichermaßen für das Absorptionsprinzip.

²⁷⁰ Das Kriterium „atypisch“ signalisiert den Punkt, von dem an die Transaktionskosten üblicherweise zu allzu großen Externalisierungseffekten führen. Es zeigt auch an, daß die Kunden wahrscheinlich das Risiko durch Maßnahmen absorbieren können, die unter Vermeidung von Transaktionskosten exakter auf das individuelle Risiko zugeschnitten sind. Ein etwaiger Kostenvorsprung des Unternehmers bleibt bei dieser Form der Risikoverteilung zwar ungenutzt; er wird aber durch die Einsparung an Transaktionskosten aufgewogen.

zieren.^{270a} Das schließt nicht aus, daß das Reiseunternehmen unter Umständen große Kostenvorteile erlangen kann, falls es alle seine Kunden gegen die Folgen krankheitsbedingten oder durch vergleichbare Gründe verursachten Rücktritts versichert. Das muß aber nicht notwendig so sein.²⁷¹ Es muß deshalb dem einzelnen Anbieter überlassen bleiben, ob er glaubt, daß seine Kunden die freiwillige Übernahme dieser Risiken trotz der daraus resultierenden höheren Preise honorieren werden und er damit einen Wettbewerbsvorteil erlangt. Ist er der Ansicht, daß viele Kunden nicht bereit sind, einen erhöhten Preis für einen Versicherungsschutz zu entrichten, so muß es jedem einzelnen Besteller überlassen bleiben, wie hoch er die in seiner Sphäre liegende Gefahr einschätzt und wie er sie durch Rücklagen oder durch individuelle Versicherung aufzufangen gedenkt.

Schwieriger ist der „Reben“-Fall²⁷² zu entscheiden. Ein Winzer hatte sich verpflichtet, Reben wieder einzuschulen und an den Besteller nach Ablauf eines Jahres zu liefern. Die Bezahlung wurde auf der Grundlage der gelieferten Stückzahl vereinbart. Dabei gingen die Parteien davon aus, daß sich die Verlustquote auf etwa 20% belaufen würde. Wie sich später herausstellte, betrug sie jedoch infolge ungewöhnlicher Trockenheit nahezu 50%. Ob diese Trockenheit ganz außergewöhnlich und damit völlig unkalkulierbar war, geht aus dem zu diesem Fall ergangenen Urteil des BGH nicht eindeutig hervor.

Unterstellt man, daß die Trockenheit nur ungewöhnlich war, so wird man dem Winzer das volle Risiko auferlegen müssen, obwohl die Parteien nur von ca. 20% Ausfall ausgegangen waren. Die Gefahr ungewöhnlicher Trockenheit konnte der Winzer nämlich einkalkulieren und möglicherweise durch Bewässerungsmaßnahmen bannen.

Der konkrete Fall wies jedoch die Besonderheit auf, daß der Besteller ebenfalls fachkundig war und die Leistung zu einem guten Teil gefälligkeitshalber erfolgte. Der Unternehmer hatte nämlich dem Besteller die später verdorrten Reben schon einmal angeboten und bereits einen Vergütungsanspruch über 6400.– erlangt. Statt der Vergütung erhielt der Unternehmer nur einen gleich hohen Betriebsmittelkredit, den er zurückzahlen sollte, soweit er dem Besteller die

^{270a} Zutreffend *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 44. Im Ergebnis richtig daher auch BGH, LM 1 zu § 324 BGB, der bei einem atypischen Risiko, das der Besteller kraft Sachkunde besser erkennen konnte, mit der Unterstellung einer vertraglichen Risikoübernahme arbeitet.

²⁷¹ Im Sinne einer durch das dispositive Recht eingeführten generell-typischen Regelung. Diese Regelung muß im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität von konkreten Vertragstypen ebenso wie von individuellen Risiken abstrahieren. Es wäre zwar durchaus eine Regelung vorstellbar, die den Richter ermächtigt, ex post festzustellen, welche der Parteien beim Einzelvertrag oder jedenfalls beim Typus „Flugreise nach Spanien“ derartige Risiken reibungsloser aufzufangen in der Lage ist, ohne daß es zu unangemessenen Externalisierungen (Zum Begriff vgl. *Calabresi*, *The Costs of Accident*, S. 144 ff), von Risiken kommt. Damit wäre jedoch der Richter häufig überfordert, der eingehende Kostenrechnungen anzustellen und zu ermitteln hätte, welche Parteien die mit der Deckung ihres Bedarfes verbundenen Risiken als so homogen einschätzen, daß sie bereit gewesen wären, das individuelle Risiko im Wege der Streuung auf sich abwälzen zu lassen. Vor allem aber wäre das Ziel einer praktikablen, dispositiv-rechtlichen Risikoverteilung gefährdet. Wo die Interessen der Parteien und die Wertung des Gesetzes auseinander gehen, muß deshalb der Wettbewerb dafür sorgen, daß die dispositive Regel durch Einzelvereinbarung oder AGB derogiert wird. Die dispositive Regel kann nur eine für eine Vielzahl von Verträgen begründete Vermutung ihrer wirtschaftlichen Effizienz liefern. Vgl. *Horn*, AcP 176, 322 f.

²⁷² BGH, LM Nr. 61 zu § 242 (Bb) BGB.

von ihm wieder eingeschulten Reben nicht erneut andienen konnte. Zu dieser Abmachung, die für ihn erhebliche Nachteile und Unannehmlichkeiten mit sich brachte, hat sich nach Ansicht des BGH der Unternehmer in erster Linie im Interesse des Bestellers bereit gefunden. Betrachtet man diese Vereinbarung im Lichte des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips, so zeigt sich, daß der Unternehmer im Interesse des Bestellers auf eine hinreichende Risikoprämie verzichtet hat. In dieser *auftragsähnlichen* Position können ihm daher weder Schutzvorkehrungen zugemutet werden, die die erforderliche Sorgfalt übersteigen, noch ist er in der Lage, die für die Absorption des Risikos notwendigen Rückstellungen zu tätigen.²⁷³ Zum gleichen Ergebnis kommt man erst recht, wenn der Umfang der Trockenschäden unvorhersehbar gewesen sein sollte.

Auf der Grenze bewegt sich der „Leuchtreklame“-Fall.²⁷⁴ Die Bestellerin betrieb in einem Landschaftsschutzgebiet eine Krawattenfabrik. Sie verwendete ein bestimmtes Firmenzeichen, das sie durch eine Leuchtreklame auf dem Fabrikgebäude bekanntmachen wollte. Sie gab daher dem Lieferanten den Auftrag, eine Leuchtreklame herzustellen und anzubringen. Die Parteien sprachen bei Vertragsschluß darüber, daß die Anlage der bauaufsichtlichen Genehmigung bedürfe, die mit Rücksicht auf die örtlichen Gegebenheiten nicht leicht zu erlangen sei. In diesem Zusammenhang hob der Lieferant seine guten Beziehungen zu den städtischen Behörden hervor. Der Lieferant stellte namens und im Auftrag der Bestellerin den Antrag auf Genehmigung, der abgelehnt wurde. Die Bestellerin verlangte volle Rückerstattung der Anzahlung.

Das OLG Düsseldorf gab der Klage statt. Mit der Versagung der Genehmigung sei die Leistung nachträglich unmöglich geworden. Da die Unmöglichkeit von keiner der Parteien zu vertreten sei, habe der Besteller gemäß §§ 323 I 3, 812 BGB einen Anspruch auf Rückzahlung des bereits geleisteten Betrages erlangt.

Mit der bloßen Berufung auf die Unmöglichkeit der Leistung läßt sich die Entscheidung sicher nicht rechtfertigen. Auf den ersten Blick scheint das Risiko dem Besteller zuzufallen; denn die für die Versagung der Genehmigung relevanten Faktoren, wie Art der Reklame, Lage des Grundstücks in einem Landschaftsschutzgebiet und die für die Genehmigung relevanten Faktoren, waren beiden Parteien gleichermaßen gut zugänglich. Insoweit kann von einem Informationsvorsprung des Lieferanten nicht die Rede sein. Würde die Fehlplanung nur auf einer unrichtigen Einschätzung eines dieser Faktoren beruhen, so stünde der Zurechnung der Gefahr sinnlosen Aufwandes an den Besteller nichts im Wege. Der Besteller mag sich vergewissern, ob er die Anlage errichten darf, bevor er mit einem Werkunternehmer Verträge abschließt und diesen dadurch zu sinnlosen Aufwendungen veranlaßt.

Ein Informationsvorsprung des Unternehmers kann sich jedoch daraus ergeben, daß der Unternehmer, der die Errichtung von Reklameanlagen gewerblich betreibt, die Genehmigungspraxis der zuständigen Behörden besser kennt und von daher eher abschätzen kann, wie groß die Wahrscheinlichkeit einer Genehmigung ist. Im konkreten Fall kommt der Umstand hinzu, daß der Lieferant seine guten Beziehungen zu den städtischen Behörden hervorgehoben hatte. Das kann nichts anderes bedeuten, als daß sich der Lieferant eines außergewöhnlich guten Einblickes – wenn nicht Einflusses – in die Genehmigungspraxis und damit eines klaren Informationsvorsprungs berühmt hatte, der ihn in die Lage versetzte, das mit dem Vertragsschluß verbundene Risiko leichter einzukalkulieren. Daran muß sich der Lieferant festhalten lassen; denn für den Besteller waren die von ihm nicht nachprüfbaren Behauptungen des Lieferanten Anlaß, das Risiko für gering zu erachten und auf eigene Erkundigungen zu verzichten. Unter diesen Umständen erscheint die Belastung des Unternehmers mit dem Risiko durchaus gerechtfertigt.

²⁷³ Das Ziel optimaler Risikosteuerung tritt hier hinter distributionspolitische Erwägungen zurück. Vgl. allgemein aus ökonomischer Sicht *Polinsky*, 87 *Harvard Law Review* 1676 ff (1974).

²⁷⁴ OLG Düsseldorf, NJW 65, 762.

3. Die Preisgefahr bei anfänglicher Unmöglichkeit

Ähnlich wie § 552 BGB^{274a} ist auch § 645 I BGB nur auf Fälle nachträglicher Unmöglichkeit zugeschnitten, obwohl die Veranlassung sinnlosen Aufwandes und die Verteilung der Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten dort, wo das Werk infolge eines Stoffmangels untergeht, dieselbe ist wie in Konstellationen, in denen der Stoffmangel die Herstellung des Werkes von Anfang an unmöglich macht und der Unternehmer dies bei verkehrserforderlicher Sorgfalt nicht erkennen konnte. Die Risikozuordnung in Fällen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit, die durch einen Stoffmangel ausgelöst wird, ist deshalb – wie allgemein anerkannt ist²⁷⁵ – gleichzuschalten. Man sollte jedoch nicht bei einer analogen Anwendung des § 645 I BGB stehen bleiben, sondern in Durchbrechung des § 306 BGB dem Besteller die Folgen einer anfänglichen Unmöglichkeit der Werkleistung ebenso wie die einer nachträglichen Leistungsstörung²⁷⁶ immer dann zuweisen, wenn er die Gefahr nutzloser Aufwendungen veranlaßt hat und dieses Risiko zumindest genauso wie der Unternehmer beherrschen bzw. absorbieren konnte; denn es existiert kein Grund, den Besteller nur deshalb mit geringeren Risiken zu belasten, weil das Werk von Anfang an unausführbar ist. Die Tatsache, daß die Werkleistung schon bei Vertragsschluß unmöglich ist, besagt nämlich nicht, daß es zu gar keinen Fehlinvestitionen kommen könnte. Verdeckte Mängel, die aus der Sphäre des Bestellers stammen, wird der Unternehmer trotz verkehrserforderlicher Sorgfalt vielfach erst entdecken, wenn er mit der Ausführung des Werkes beginnt. Bis zu diesem Zeitpunkt kann er aber nicht nur beträchtliche Aufwendungen an personellen und sachlichen Mitteln getätigt, sondern vor allem auch seine Leistungskapazität für den Erfüllungszeitraum gebunden haben. Diese Fehlinvestitionen muß sich der Besteller zurechnen lassen, falls er bei Vertragsschluß die Wahrscheinlichkeit eines Leistungshindernisses zumindest gleich gut zu erkennen und dessen Folgen aufzufangen imstande war.

4. Rechtsfolgen

Bislang war immer nur von dem Risiko nutzlosen Aufwandes gesprochen worden, ohne daß zugleich klargestellt wurde, ob darunter nur die bis zum Zeitpunkt des Unmöglichwerdens eingesetzte Arbeitskraft, Materialien und sonstige Betriebsmittel oder auch die *Leistungskapazität* schlechthin, die nutzlos bereit gehalten worden ist, zu verstehen sind. Es war mit anderen Worten offengeblieben, ob die Belastung mit dem Risiko nutzlosen Aufwandes nun heißen soll, daß der Unternehmer Ersatz für die bisher geleistete Tätigkeit sowie die konkret nachweisbaren Ausgaben verlangen oder aber die versprochene Vergütung abzüglich etwaiger Er-

^{274a} Siehe oben S. 285 f.

²⁷⁵ So im Ergebnis z. B. *Beuthien*, *Zweckerreichung* aaO, S. 221 ff mit weit. Nachw.

²⁷⁶ Siehe oben S. 289 ff.

sparnisse und anderweitiger Einkünfte, die in generalisierender Betrachtungsweise den Wert der fehlgeleiteten Leistungskapazität deckt, fordern darf.

Das Vorbild für die Zurechnung des Risikos nutzlosen Aufwandes, der § 645 I BGB, verpflichtet den Besteller nur, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu bezahlen. Würde man sich an dieser Vorschrift orientieren, so würde die Gefahr, daß infolge der planungswidrigen Störung die Leistungskapazität nicht mehr ausgelastet werden kann oder daß zur Erledigung des Auftrages Spezialvorrichtungen angeschafft wurden, die nun nicht mehr genutzt werden können, beim Unternehmer verbleiben, obwohl der Besteller auch diese Gefahren veranlaßt hatte.

Bei einer Reihe von Vorschriften, die gleichfalls Primärzweckstörungen regeln, hat der Gesetzgeber hingegen – unbewußt – dem Veranlassungsprinzip konsequent Rechnung getragen und die dem Schuldner infolge der Veranlassung entgehenden Verdienstmöglichkeiten generalisierend an dem vereinbarten Entgelt ausgerichtet. Das ist bei der auf § 552 BGB basierenden Risikoverteilung evident, die den vereinbarten Mietzins nur um die ersparten Aufwendungen sowie diejenigen Vorteile kürzt, die der Vermieter aus einer anderweitigen Verwertung des Objektes erlangt. Kann der Vermieter das Mietobjekt nicht weiter vermieten, so trägt demnach der Mieter die Gefahr, daß er die Leistungskapazität des Vermieters für sich reserviert hat. Die gleiche Regelung gilt im See- und Binnenschiffahrtsrecht, also einigen Spezialformen des Werkvertrages. Gemäß §§ 618 HGB, 65 BSchG hat der Befrachter die gesamte Fracht zu bezahlen, unabhängig davon, wie weit das Gut tatsächlich befördert worden ist, falls die Güter während der Beförderung infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit untergehen. Versäumt der Passagier die Abfahrt des Schiffes, so kann er sich ebenfalls nicht darauf berufen, daß der Schiffer bis zu diesem Zeitpunkt nur geringfügige Arbeitsleistungen für ihn erbracht hat (§ 666 HGB). Das volle Entgelt ist auch dann zu entrichten, wenn der Passagier die Reise infolge von Krankheit nicht fortsetzen kann (§ 667 II HGB). Der Schiffer wird hier ebenfalls von der Gefahr entlastet, daß er den freiwerdenden Platz nicht anderweitig zu besetzen vermag. In Fällen, in denen der Passagier die Reise infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes erst gar nicht antreten kann, steht ihm freilich nur ein Anspruch auf 50% des vereinbarten Entgelts zu (§ 667 I HGB). Damit wollte der Gesetzgeber jedoch keine dem § 645 I BGB analoge Regelung treffen, sondern lediglich den vom Passagier veranlaßten und aufgrund der Primärzweckstörung nutzlos gewordenen Aufwand im weiten Sinne pauschalisieren.²⁷⁷

Beuthien²⁷⁸ hat vorgeschlagen, den zwischen dem § 645 I BGB einerseits und den §§ 552 BGB, 618, 666, 667 II HGB, 65 BSchG andererseits entstehenden *Wertungswiderspruch* durch eine restriktive Interpretation des § 645 I BGB zu *beseitigen*. § 645 I BGB solle auf solche Fälle beschränkt werden, in denen die geschuldete Werkleistung durch Lieferung eines tauglichen Stoffes *nachgeholt* werden könne.

²⁷⁷ Vgl. Koller, BB 73, 1562 f.

²⁷⁸ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 72 ff.

Dort, wo die Herstellung des Werkes endgültig unmöglich geworden sei, habe der Besteller das Risiko gemäß § 324 I BGB zu verantworten.

Diese Ansicht ist nun sicherlich weder mit dem Wortlaut des Gesetzes („unausführbar geworden“) noch mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers²⁷⁹ zu vereinbaren. Auch der § 645 II BGB, der eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschulden vorsieht, spricht eindeutig dagegen;²⁸⁰ denn man muß § 645 II BGB wohl als Verweisung auf § 324 I BGB mit seinem Anspruch auf das volle Entgelt verstehen,²⁸¹ – obgleich diese Verweisung nicht lückenlos ist, da im § 324 I BGB nur schlechthin von „vertreten“ die Rede ist und § 645 II BGB bei objektiver Gesetzesinterpretation als Regelung von Ansprüchen aus positiver Forderungsverletzung²⁸² angesehen werden kann, die dem Unternehmer infolge einer Beschädigung seiner Güter durch den mangelhaften Stoff erwachsen können.

Gleichwohl ist im Ergebnis der Ansicht Beuthiens zu folgen. Der historische Gesetzgeber hat den § 645 I BGB aus Billigkeitsgründen in das BGB aufgenommen.²⁸³ Damit gelang ihm – entgegen der Auffassung Köhlers,²⁸⁴ der sich der BGH²⁸⁵ angeschlossen hat – keineswegs ein glücklicher Kompromiß zwischen den beiden Extremen des § 323 I und § 324 I BGB. Das Argument, daß die Aufrechterhaltung des vollen Vergütungsanspruches für den Besteller zu ungünstig wäre, weil ihm dann eine Garantiehaftung hinsichtlich des Stoffes auferlegt werde, verkennt nämlich nicht nur das Gewicht der arbeitsteiligen Veranlassung, sondern setzt sich auch zu den seerechtlichen und mietrechtlichen Regeln in Widerspruch, bei denen man keinerlei Bedenken hatte, den Befrachter, Passagier oder Mieter mit einer „Garantie“ zu belegen. Zu welch seltsamen Inkonsequenzen die Vernachlässigung des Veranlassungsgedankens in § 645 I BGB führt, zeigt sich deutlich im „Pockenimpf“-Fall.²⁸⁶

Der BGH kam in wörtlicher Auslegung des § 645 I BGB zu dem Ergebnis, dem Reiseveranstalter gebühre ein Entgelt für die bisher entfaltete Tätigkeit sowie der Ersatz von Auslagen, die aus Verpflichtungen herrühren, die der Unternehmer in Erfüllung des Reisevertrages eingegangen sei. Der Reisende braucht demnach den Verlust, den das Unternehmen dadurch erleidet, daß es möglicherweise viele Anfragen abgelehnt hatte, weil die Reise schnell ausgebucht worden war, nicht zu tragen, obwohl dieser Verlust recht beachtlich sein kann, wenn man bedenkt, daß sich die

²⁷⁹ Mot. II, S. 501.

²⁸⁰ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 36; *Medicus*, JZ 73, 369; *Huhn*, in: Vertragsschuldverhältnisse, S. 120.

²⁸¹ BGH, NJW 73, 319; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 645 Anm. 6.

²⁸² Zur positiven Forderungsverletzung bei Mitwirkungsakten des Gläubigers, *Hüffer*, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, S. 247f.

²⁸³ Mot. II, S. 500.

²⁸⁴ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 37.

²⁸⁵ BGH, NJW 73, 319; ebenso *Medicus*, JZ 73, 369; *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 46ff.

²⁸⁶ BGH, NJW 73, 318.

Reiseveranstalter üblicherweise Unterkünfte und Transportmöglichkeiten auf Vorrat verschaffen.

Hätte sich der Reisende selbst die Unterkunft besorgt, so hätte er jedoch den vollen Mietpreis zahlen müssen (§ 552 BGB) und zumindest das halbe Überfahrtsgeld bei einer Anreise auf dem Seeweg (§ 667 HGB). Dasselbe Ereignis zeitigt mithin völlig unterschiedliche Rechtsfolgen, je nachdem, ob der Nachfrager die Dienste eines Reiseunternehmens in Anspruch genommen hat oder selbst seinen Urlaub organisiert hat, ohne daß sich sagen ließe, warum der Unternehmer, der eine Werkleistung verspricht, im Vergleich zum Vermieter und Schiffer bedeutend weniger schutzwürdig ist.

Man sollte daher auch im Werkvertragsrecht nicht auf halbem Wege stehenbleiben, sondern mit Beuthien den § 645 I BGB nur in den Fällen anwenden, in denen die Werkleistung nachholbar ist. Dort, wo die Werkleistung unmöglich geworden ist, ohne daß der Unternehmer dieses Risiko besser zu beherrschen oder zu absorbieren vermochte, hat man dem Unternehmer grundsätzlich das volle Entgelt unter Abzug der Einsparungen und möglichen anderweitigen Verdienste zuzurechnen.

Diese Rechtsfolge kann man in § 324 I BGB ansiedeln, der nur von „vertreten“ spricht, ohne den Zurechnungsmaßstab zu benennen.²⁸⁷ Freilich darf dies nicht dazu führen, daß bei Störungen, die aus der Sphäre des Bestellers stammen oder sich zunächst in ihr auswirken, blindlings der § 324 I BGB angewandt wird. Es ist in jedem Falle zu prüfen, ob der Besteller eine Fehlleitung von Leistungskapazität veranlaßt hat. Dort wo – wie bei homogenen Störungen – eine derartige Fehlleitung offensichtlich nicht in Frage kommt, darf dem Besteller nur der sinnlos gewordene Aufwand aufgebürdet werden, der bis zum Unmöglichwerden der Leistung bereits getätigt worden ist.

III. Dienstvertrag

Beim Dienstvertrag fehlt im Gegensatz zum Werkvertrag jede differenzierende Zuordnung der Preisgefahr bei Primärzweckstörungen. Angesichts der gesetzgeberischen Blindheit vor dem Problem einer nutzlosen Bindung von Arbeitskraft ist eine besonders weit reichende Einschränkung der §§ 306, 323 I BGB erforderlich.

1. Dem Schuldner zuzurechnende Risiken (Preisgefahr)

Dem Schuldner sind grundsätzlich alle Risiken nutzloser Investitionen zuzurechnen, die der Gläubiger *nicht veranlaßt* hat. An einer Veranlassung wird es immer fehlen, falls der Dienstverpflichtete seine Arbeitskraft auch dann nicht hätte plangemäß einsetzen können, wenn er mit einem anderen potentiellen Nachfrager kontrahiert hätte. Eine derartige Situation stellt sich beispielsweise dort ein, wo die Leistung im Erfüllungszeitraum nicht erbracht werden kann, weil der Schuldner er-

²⁸⁷ Zur Interpretation des § 324 I BGB eingehend *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 76 ff.

krankt ist. Die Störung muß nicht notwendig die Sphäre des Schuldners getroffen haben, wenngleich sich unter diesen Umständen eher ein Risiko realisieren wird, das der Gläubiger nicht veranlaßt hat. Ließ die Störung im Tätigkeitsbereich des Schuldners ein Hindernis entstehen, so wird es sich vielfach um eine heterogene Störung handeln. Sie kann aber auch so umfassend sein, daß die Arbeitskraft des Schuldners brach liegt, welchem der potentiellen Vertragspartner er auch immer eine Dienstleistung zugesagt hätte. Derartige Konstellationen sind vor allem dort zu erwarten, wo durch unerwartete Entwicklungen ganze Berufszweige lahmgelegt werden.²⁸⁸

Obwohl das Risiko, daß der Schuldner erkrankt oder durch einen sonstigen *in seiner Person liegenden Grund* an der Verwertung seiner Arbeitskraft gehindert wird, nicht vom Gläubiger veranlaßt wurde, wird diese Gefahr aus sozialpolitischen Gründen dem Schuldner für eine *verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit* abgenommen (§ 616 BGB).

Jenseits dieser Ausnahmegvorschrift hat man jedoch die Risikoverteilung konsequent anhand der drei Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“ und „Absorption“ zu entfalten. Aufgrund eines *Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprunges* kann dem Dienstverpflichteten die Gefahr einer Primärzweckstörung (Preisgefahr) nur in sehr begrenztem Umfang zugerechnet werden. In der Regel sind nämlich die Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten des Schuldners recht unzulänglich, wie der Umstand zeigt, daß die konkrete Tätigkeitsverpflichtung gerade deswegen dem Typus des Dienstvertrages zugeschlagen worden ist, weil der Erfolg typischerweise unbeherrschbar ist oder aber der Dienstverpflichtete durch starke Weisungsabhängigkeit gehindert ist, die seiner Ansicht nach optimalen Schutzvorkehrungen zu ergreifen.

Stammt wie häufig die *Störung aus der Sphäre des Gläubigers*, so vermag sie der Schuldner normalerweise gar nicht zu steuern. Man denke nur an die Fälle, in denen der Schüler erkrankt und im gesamten Erfüllungszeitraum nicht mehr an dem Unterricht teilnehmen kann. Dieses Risiko vermag der Lehrer überhaupt nicht zu steuern.

Für ihn ist oft auch diejenige Gefahr unbeherrschbar, die aus der *neutralen Sphäre auf den Organisationsbereich des Gläubigers* ausstrahlt. Das illustriert das Beispiel, daß der Schüler nicht rechtzeitig zum Unterricht anreisen kann, weil er im Ausland festgehalten oder zum Militärdienst eingezogen wurde. Selbst wenn im Einzelfall der Dienstverpflichtete auf den Organisationsbereich des Gläubigers Einfluß nehmen könnte,²⁸⁹ so wird doch der Gläubiger die seiner Sphäre drohenden Gefahren besser vorhersehen und effizienter steuern können.

Das gilt ebenso für die Absorptionsmöglichkeiten. Wenn auch bei einer Unterrichtsverpflichtung das Risiko einer Erkrankung durchaus typisch ist, so ist es doch so eng mit den individuellen Verhältnissen des Gläubigers verknüpft, also so heterogen, daß es der Schuldner auch langfristig nicht angemessen zu steuern vermag.

²⁸⁸ Siehe oben S. 64 f, 197 ff.

²⁸⁹ Zum Beispiel durch Bereitstellung von Transportmitteln.

Dazu ist das Risiko, dem er sich mit dem konkreten Vertrag exponiert, zu schlecht kalkulierbar. Zum anderen sollte durch eine Absorption der von *Nachfrager zu Nachfrager stark schwankenden Risiken* nicht derjenige Gläubiger begünstigt werden, bei dem sich das Risiko einer Primärzweckstörung am meisten verdichtet hatte.

Manche aus der *neutralen Sphäre* stammende Risiken sind allerdings für beide Parteien *gleich gut vorhersehbar*. Zu dieser Fallgruppe kann man beispielsweise die auf Wetterschwankungen beruhenden Störungen rechnen, die offensichtlich durch angemessene Vorkehrungen nicht abgewendet werden können. Hat sich beispielsweise ein Tennislehrer verpflichtet, auf einem bestimmten Platz Unterricht zu geben, so muß er sich die Gefahr zurechnen lassen, daß der Platz infolge Regens unbespielbar wird. Derartige Störungen sind so typisch, daß der Schuldner kraft beruflicher Spezialisierung in der Lage ist, ihre Folgen zuverlässig auf seine Kunden umzulegen. Diese werden dadurch nicht benachteiligt, da sie alle solchen Gefahren gleichermaßen ausgesetzt sind. *Ganz außergewöhnliche Naturereignisse* können jedoch zu einer Entlastung des Schuldners führen. So kann der Tagelöhner,²⁹⁰ der sich zur Mitarbeit bei der Ernte verpflichtet hat,²⁹¹ das versprochene Entgelt verlangen, auch wenn er wieder nach Hause geschickt werden muß, weil ein Unwetter die gesamte Ernte vernichtet hat, es sei denn, das Unwetter hat die gesamte Gegend heimgesucht, in der der Tagelöhner Arbeit suchte und finden konnte.

Damit ist nicht gesagt, daß der *Schuldner* niemals einen Beherrschbarkeitsvorsprung besäße. Wird die Leistung unmöglich, weil ein dem Schuldner gehörendes Gerät funktionsuntüchtig wird und im Erfüllungszeitraum nicht mehr repariert werden kann, so vermag normalerweise der Schuldner die Gefahr besser zu bannen oder zumindest ihre Folgen einzukalkulieren und durch Rückstellungen aufzufangen. In diesen Fällen hat somit der Schuldner das Risiko auf sich zu nehmen.

Eine gewisse Vermutung für einen Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners existiert auch dort, wo der Schuldner über besonders qualifizierte Spezialkenntnisse verfügt, kraft derer die Annahme nahe liegt, daß er die Vereitelung der Leistung hätte verhindern können. Da für ein Urteil über den Beherrschbarkeitsvorsprung des Schuldners aber nicht ausschließlich ein überdurchschnittlich großer Erfahrungsschatz sowie spezialisierte Fertigkeiten entscheidend sind, sondern die Risikobelastung auch von dem Einblick in die konkrete Gefahrenquelle und ihrer typischen Steuerbarkeit abhängt, hat der Gesetzgeber in § 627 BGB einen aner kennenswerten Kompromiß geschaffen: Der Dienstberechtigte darf bei Diensten höherer Art, die aufgrund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen, sofort kündigen und auf diese Weise dem Schuldner vom Zeitpunkt der Kündigung an die Gefahr einer nutzlosen Bindung seiner Arbeitskraft auferlegen. Der Schuldner hingegen kann für den Zeitraum, in dem er tätig geworden ist, eine anteilige Vergütung fordern, gleichgültig, ob seine Anstrengungen für den Dienstberechtigten wertvoll

²⁹⁰ Ein Beispiel von Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 48, 64, der dem Schuldner im Rahmen der ordentlichen Kündigungsfristen den Vergütungsanspruch beläßt, ohne zu differenzieren, ob das Unwetter außergewöhnlich ist.

²⁹¹ Es wird hier unterstellt, daß kein Arbeitsverhältnis begründet wurde.

waren oder nutzlos geblieben sind. Auf diese Weise erübrigt sich der schwierige Nachweis, ob im Einzelfall das Risiko besser vom Schuldner als vom Gläubiger beherrscht oder zumindest absorbiert werden konnte. Dieser Kompromiß ist auch vom Standpunkt einer stärkeren Durchsetzung des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit zu respektieren.

2. Dem Dienstberechtigten zuzurechnende Risiken (Preisgefahr)

Aus den bisherigen Ausführungen kann im wesentlichen schon abgeleitet werden, wann der Gläubiger in Durchbrechung des § 323 I BGB die Gefahr, daß die zur Erfüllung des Versprechens eingesetzte und bereitgehaltene Arbeitskraft nutzlos bleibt (Preisgefahr), zu tragen hat.

Die erste Voraussetzung für eine Zurechnung ist, daß der Gläubiger eine Fehlleistung von Arbeitskapazität verursacht hat, die *anderweitig* hätte *genutzt* werden können.

Darüber hinaus ist bei *vorhersehbaren* Störungen grundsätzlich zu fordern, daß die Störungsquelle in der *Sphäre des Dienstberechtigten* liegt. Stammt sie aus der *neutralen Sphäre*, so kommt eine Zurechnung des Risikos nutzlosen Aufwandes in der Regel nur in Betracht, falls sie sich zunächst in dem Organisationsbereich des Dienstberechtigten niederschlägt und durch die Sphäre des Dienstberechtigten hindurch die Unmöglichkeit der Leistung verursacht. Der Dienstberechtigte ist mit dem Aufwandsrisiko um so eher zu belasten, je stärker die Unmöglichkeit der Leistung durch seine *individuellen* Verhältnisse begünstigt wurde.²⁹² Es ist sicher angemessener, dem Schüler das Risiko aufzuerlegen, der wegen eines infolge Hitze erlittenen Kreislaufkollapses nicht unterrichtet werden kann, als dem Tennisschüler, der mit dem weit überwiegenden Teil der anderen potentiellen Nachfrager nicht in der Lage ist, Unterricht zu nehmen, weil anhaltender Regen den von ihm gemieteten Platz und auch den Großteil²⁹³ der anderen im Umkreis liegenden Tennisplätze unbespielbar gemacht hat.

Unabhängig von der Sphäre, in der sich die aus dem neutralen Bereich kommende Störung zuerst bemerkbar gemacht hat, hat man dem Dienstberechtigten das von ihm veranlaßte, *außerhalb aller Wahrscheinlichkeit* liegende Risiko nutzlosen Aufwandes aufzubürden, das weder der Dienstberechtigte noch der Dienstverpflichtete zu beherrschen bzw. zu absorbieren vermag.

3. Rechtsfolgen

Trifft das Risiko der nutzlosen Investition von Arbeitskraft den Schuldner, so kann er eine Vergütung nur insoweit fordern, als die bis zum Zeitpunkt der Unmöglichkeit der Leistung getätigten Anstrengungen dem Dienstberechtigten einen Wertzuwachs gebracht haben (§ 323 I 2. HS BGB).

²⁹² Siehe oben S. 298 f.

²⁹³ Wenn alle Plätze unbespielbar sind oder der Lehrer auf andere Plätze offensichtlich nicht ausweichen kann, so liegt ohnehin eine homogene Primärzweckstörung vor.

Ist hingegen in Durchbrechung der §§ 306, 323 BGB das Risiko dem Dienstberechtigten aufzuerlegen, so kann der Dienstverpflichtete zunächst einmal *anteilige* Vergütung für die *bisher geleisteten* Dienste fordern. Im Hinblick auf die Gefahr einer *nutzlosen Bindung* von Leistungskapazität, die infolge der Störung brach liegt, hat man zu differenzieren:

Hat der Schuldner Dienste höherer Art versprochen, so kann sich der Dienstberechtigte im Einklang mit der Wertung des § 627 BGB von diesem Risiko durch Kündigung befreien, es sei denn, daß die Gefahr vom Dienstberechtigten offensichtlich beherrscht oder doch wegen ihrer stark individuellen Färbung ohne Schwierigkeiten absorbiert werden konnte.

Im übrigen hat der Dienstberechtigte grundsätzlich die Vergütung bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin fortzuzahlen.²⁹⁴ Diese Frist darf nicht durch ein außerordentliches, befristetes Kündigungsrecht gekürzt werden, das Köhler²⁹⁵ unter Hinweis auf die §§ 626 und 569 BGB befürwortet. Der von Köhler als positivrechtliche Grundlage herangezogene § 569 BGB mag seinen Lösungsvorschlag indessen nicht zu tragen. Köhler übersieht nämlich, daß das Kündigungsrecht aus § 569 BGB nicht ausschließlich im Interesse des Mieters, sondern auch im Interesse des Vermieters geschaffen worden ist, der den Erben die vermieteten Gegenstände nicht überlassen will.²⁹⁶ Bei Dienstverträgen, die nicht mehr erfüllt werden können, wird der Schuldner hingegen kaum jemals gewillt sein, sich vom Vertrag zu lösen, solange er keine bessere oder zumindest gleich gute Beschäftigung gefunden hat.

Es besteht auch kein Anlaß, die Risikoverteilung auf der Grundlage des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips in einer umfassenden Interessenabwägung zu überspielen. Es kann hier dahingestellt bleiben, inwieweit der herrschenden Lehre²⁹⁷ zu folgen ist, die ganz allgemein bei langfristigen Verträgen beiden Parteien unter erleichterten Voraussetzungen ein Recht zur außerordentlichen Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist zugesteht. Die *bloße* Unmöglichkeit der Leistung *jedenfalls* kann dem Nachfrager nicht ohne weiteres die Befugnis geben, sich unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfristen vom Vertrag zu lösen. Andernfalls würde man in großem Ausmaß die wirtschaftlichen Folgen sinnlosen Aufwandes dem Schuldner zuweisen, der sich in Hinblick auf den ihm angebotenen mehrjährigen Vertrag andere lukrative und langfristig gesicherte Chancen hat entgehen lassen. Man denke in diesem Zusammenhang nur an den Fall, daß sich der Dienstberechtigte in einer Knappheitssituation langfristig die Dienste eines selbständigen Unternehmensberaters sichern wollte. Veräußert der Dienstberechtigte einige Zeit darauf aus Gesundheitsrücksichten seinen Betrieb, so darf dies nicht voll

²⁹⁴ Diese Rechtsfolge ist, wie schon bei den parallel liegenden werkvertraglichen Primärzweckstörungsfällen (s. oben S. 297) in § 324 I BGB anzusiedeln.

²⁹⁵ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 60 ff, bes. S. 63.

²⁹⁶ Siehe oben S. 156 f.

²⁹⁷ Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts (ArbR), Bd. I, S. 593 f; Hueck, Anm. zu AP Nr. 15 zu § 626 BGB; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 626 Anm. 7.

zu Lasten des Schuldners gehen, der nun keine neuen Vertragspartner finden kann, weil inzwischen auf dem Markt ein Überangebot herrscht. Dies wäre jedoch der Fall, wenn man dem Unternehmensberater bei monatlicher Bezahlung spätestens am 15. des Monats für den Schluß des folgenden Kalendermonats kündigen könnte.

Dort allerdings, wo ein langfristiger Vertrag vom Dienstberechtigten eingegangen worden ist, um dem Schuldner einen sicheren Lebensstandard zu garantieren, der Vertrag also primär dem Interesse des Schuldners dient, ist der Dienstberechtigte in weiterem Umfang vom Risiko der Primärzweckstörung zu entlasten, weil hier das Gewicht des Veranlassungsprinzips nicht so stark zu Lasten des Dienstberechtigten in die Waagschale fällt. Diese Konstellation taucht häufig bei Arbeitsverträgen auf. Ihr soll daher in diesem speziellen Zusammenhang²⁹⁸ nachgegangen werden.

IV. Kaufvertrag

1. Zurechnung der Preisgefahr an den Verkäufer

Das vom historischen Gesetzgeber geschaffene Risikoverteilungssystem braucht bei Primärzweckstörungen, die die Übereignung und Übergabe des Kaufobjektes unmöglich machen, im Ergebnis nur geringfügig korrigiert zu werden. Man kann nämlich auch vom Standpunkt einer stärkeren Betonung der Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“, „Absorbierbarkeit“ her die Belastung des Verkäufers mit der Gefahr nutzloser Investitionen bis zum Zeitpunkt der Übergabe, Eintragung (§§ 446, 323 BGB) bzw. Versendung (§ 447 BGB) billigen, wenn man weitere Risikoverteilungselemente heranzieht, die gerade beim Kauf eine Rolle spielen.

Beim Kauf resultiert das vom Käufer *veranlaßte* Risiko aus der Verzögerung der Leistung. Wird der Kaufvertrag nicht sofort erfüllt, so erhöht sich proportional zur Länge des zwischen Vertragsschluß und Leistung liegenden Zeitraumes die Wahrscheinlichkeit, daß der Leistungsgegenstand untergeht. Diese Gefahrerhöhung wird vom Käufer veranlaßt, da aus Gründen der Rechts- und Verkehrssicherheit sowie der Vertragstreue²⁹⁹ davon ausgegangen werden muß, daß der Verkäufer möglicherweise das Kaufobjekt an einen anderen potentiellen Nachfrager hätte veräußern können, der die Leistung in Empfang genommen hätte, bevor sich das Risiko im Bereich des Verkäufers realisieren konnte. Diese vom Käufer verursachte Gefahrerhöhung kann in nutzlosen Aufwand umschlagen, wenn der Leistungsgegenstand zerstört wird oder aus anderen Gründen nicht mehr verfügbar ist.

Nun ist es indessen keineswegs immer so, daß der Käufer schon dann eine Gefahrerhöhung veranlaßt hat, falls der Kaufvertrag nicht sofort erfüllt werden soll. Zwar kann man dies nicht einfach damit begründen, daß der Käufer der einzige Nachfrager war, der sich für das Kaufobjekt interessierte; denn der Verkäufer, der seine Leistungskapazität an den Käufer gebunden hat, stellt seine Anstrengungen ein,

²⁹⁸ Siehe unten 390 ff, 425 ff.

²⁹⁹ Vgl. *Bydlinski*, Privatautonomie aaO, S. 141, 145; eingehender unten S. 312 f, 328.

Kunden zu finden. Insoweit muß ihm daher generalisierend zugute gehalten werden, daß andere potentielle Nachfrager in Betracht kamen, die mit einer kurzfristigeren Abwicklung des Austausches einverstanden gewesen wären. Die Veranlassung des Risikos entfällt jedoch, wenn bei Abgabeschulden³⁰⁰ die Verschiebung der Leistung nicht auf einen Wunsch des Käufers zurückzuführen ist, sondern primär im Interesse des Verkäufers liegt, da dann in Hinblick auf die Lagerung nicht mehr von einer arbeitsteiligen Einschaltung gesprochen werden kann. Zum anderen muß berücksichtigt werden, daß man dem Käufer eindeutig die von ihm veranlaßten Gefahren zuordnen können muß. Bei Gattungsschulden kann daher vor der Konkretisierung nicht die Rede davon sein, daß der Käufer den Aufwand veranlaßt hat, der zur Beschaffung des untergegangenen Gutes erforderlich war. Solange es noch im Belieben des Verkäufers steht, wem er die konkreten Sachen überlassen will, geht es nicht an, daß er lediglich nachträglich zu erklären braucht, welchen der Käufer er für die Fehlinvestition verantwortlich macht. Er hat deshalb das Risiko, daß die potentiellen Leistungsobjekte untergehen, selbst zu tragen.

Auch wenn der Käufer ein Aufwandsrisiko veranlaßt hat, so vermag doch bei Sachkäufen in der Regel der Verkäufer die Gefahr *bis zur Übergabe bzw. Übersendung* und bei sonstigen Käufen bis zu ihrer Erfüllung *besser zu beherrschen oder zumindest aufzufangen*.³⁰¹ Dies bedarf in den Fällen, in denen sich die Kaufsache bei ihrem Untergang *im Organisationsbereich des Verkäufers* oder eines von ihm ausgesuchten Dritten befand, keiner weiteren Betonung. Mußte sich der Verkäufer das Kaufobjekt erst selbst beschaffen und ging es bei dem Dritten unter, so trifft den Verkäufer typischerweise nur ein ganz geringes Aufwandsrisiko, da er selbst in seinem Verhältnis zu dem Dritten frei wird. Sollte er ausnahmsweise mit dem Dritten vereinbart haben, daß er die Preisgefahr sofort mit Vertragsschluß auf sich nimmt, so darf er diese atypische Gefahrerhöhung nicht auf den Käufer abwälzen. Der Verkäufer hat freilich auch Investitionen für die Verhandlungen mit dem Dritten gemacht. Diese Aufwendungen sind jedoch relativ gering, so daß sie für sich allein keine Durchbrechung der gesetzlichen Risikoverteilungskonzeption rechtfertigen.³⁰²

Sieht man einmal von der Konstellation einer unvorhersehbaren Störung ab, erscheint ein Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Verkäufers nur dort zweifelhaft, wo Rechte veräußert werden, die nach Vertragsschluß untergehen. Das erhellt der vom Reichsgericht³⁰³ entschiedene Rechtsstreit, in dem die Parteien den Verkauf von Aktien vereinbart und die Lieferung der Aktien weit in die Zukunft hinausgeschoben hatten. Noch vor der Erfüllung des Kaufvertrages fiel die Aktiengesellschaft in Konkurs und wurde liquidiert. Die versprochene Leistung wurde dadurch unmöglich. Bei dieser Konstellation besitzen jedenfalls dann, wenn der

³⁰⁰ Zum Begriff der Abgabeschuld s. oben S. 272.

³⁰¹ Siehe oben S. 152 ff, 172 ff, 184.

³⁰² Zumal auf diese Weise das leicht beweisbare Kriterium der Übergabe beibehalten werden kann. Vgl. Larenz, SchR II, S. 75 Fn. 3.

³⁰³ RGZ 143, 20 ff; vgl. dazu Anmerkung von Lehmann, JW 34, 829.

Verkäufer über keinen beherrschenden Einfluß auf die Aktiengesellschaft verfügte, beide Parteien keinerlei Möglichkeit, die Gefahr zu steuern. Man kann auch davon ausgehen, daß sie die Gefahr eines Konkurses in der Regel gleich gut vorhersehen können, so wie sie auch die Bonität einer verkauften Forderung gleich gut zu bewerten imstande sind. Beide Vertragspartner können demnach die Gefahr mit derselben Genauigkeit und Leichtigkeit einkalkulieren und auf diese Weise absorbieren. Gleichwohl hat man das Risiko dem Verkäufer zuzurechnen; denn man muß dem Umstand Rechnung tragen, daß der Verkäufer während des Zeitraumes, in dem ihm nach der Vereinbarung die Rechte als Aktionär verbleiben sollten, – im Unterschied zum Mieter oder Werkunternehmer – die vollen Gewinnchancen besaß. Angesichts der ausgeglichenen Absorptionsmöglichkeiten, die beiden Parteien offenstanden, muß dem Gedanken einer Kongruenz von Nutzen und Risiko der Vorrang vor dem Veranlassungsgedanken eingeräumt werden.

Diese Erwägung führt ferner dazu, grundsätzlich auch bei *unvorhersehbaren* Gefahren die gesetzliche Risikoverteilung zu respektieren.

Andererseits braucht der § 446 BGB auch nicht deshalb durchbrochen zu werden, weil in der Zeit, in der sich das Kaufobjekt beim Verkäufer befand, *der Keim seiner Zerstörung* gelegt worden ist,³⁰⁴ der erst nach der Übergabe wirksam wurde. Zwar verfügt hier der Verkäufer über einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung. Die Zurechnung des Risikos an den Verkäufer macht indessen keine Restriktion des § 446 BGB erforderlich, da sie angemessen auf der Grundlage des Sachmängelrechtes erfolgen kann.

2. Zurechnung der Preisgefahr an den Käufer

Über die in den §§ 446, 447, 324 II, 324 I BGB erfaßten Leistungsstörungen hinaus erscheint eine Zurechnung des Primärzweckstörungsrisikos (Preisgefahr) an den Käufer nur bei denjenigen *unvorhersehbaren* Gefahren am Platz, bei denen entweder der Verkäufer in der Zeit zwischen dem Abschluß des Vertrages und seiner geplanten Erfüllung zur Nutzung des Kaufobjektes vereinbarungsgemäß nicht berechtigt ist oder dazu – für den Käufer erkennbar – außerstande ist.³⁰⁵ Derartige vom Käufer veranlaßte Risiken vermag der Verkäufer weder zu beherrschen noch zu absorbieren. Ihm fließt auch keine Nutzungsvergütung zu, so daß das Element der „Veranlassung“ eindeutig das Übergewicht erhält. Da der vom Käufer veranlaßte Aufwand generalisierend mit der ausgehandelten Vergütung gleichzusetzen ist, empfiehlt es sich auch hier, den in § 324 I BGB verwandten Begriff „vertreten“ im Sinn des Veranlassungsprinzips und seines Zusammenspiels mit den anderen Risikozurechnungselementen zu interpretieren.

³⁰⁴ So aber *Staudinger-Ostler*, BGB, § 446 Anm. 10; *Palandt-Putzo*, BGB, § 446 Anm. 2.

³⁰⁵ Setzt sich der Verkäufer selbst – etwa durch den Abschluß eines Leihvertrages – zur Nutzung außerstande, so geht das zu seinen Lasten. Zu betonen ist, daß die Verzögerung der Übergabe jedenfalls im Interesse des Käufers gelegen sein muß.

Festzuhalten ist an dem § 446 II BGB, der dem Grundstückskäufer schon vor der Übergabe die Preisgefahr aufbürdet, sobald er als Eigentümer eingetragen wird.³⁰⁶ Zwar liegen hier die besseren Beherrschungsmöglichkeiten eindeutig beim Verkäufer oder den von ihm ausgewählten Dritten, die im Besitz des Grundstückes bleiben. Trotzdem ist der vom historischen Gesetzgeber getroffenen Regelung zuzustimmen. Das Argument der ersten Kommission,³⁰⁷ es würde der Natur der Sache und dem Wesen des Kaufes widersprechen, wenn der Käufer, nachdem er Eigentümer geworden sei und die volle rechtliche Herrschaft erlangt habe, von der Gefahrtragung befreit werde, trifft allerdings nicht den Kern dieser Risikoverteilung. Die zweite Kommission³⁰⁸ versuchte daher die Legitimationslücke mit der Behauptung zu schließen, die Parteiabsicht sei meist darauf gerichtet, die Übergabe sofort an die Auflassung anzuschließen. Sei von den Parteien vereinbart worden, daß die Übergabe erst geraume Zeit nach der Eintragung stattfinden solle, so müsse hieraus der Schluß gezogen werden, daß trotz Eintragung der Übergang von Lasten und Nutzungen hinausgeschoben werden sollte. Damit schießt die zweite Kommission über das berechnete Ziel einer Kritik an der ersten Kommission hinaus.

Die Belastung des Käufers mit der Preisgefahr, die in generalisierender Betrachtungsweise mit dem Aufwandsrisiko gleichzusetzen ist, ist nämlich auch dann berechtigt, wenn zwischen Übereignung und Besitzverschaffung ein längerer Zeitraum klafft. Der Käufer, der sich das Grundstück übereignen läßt, ohne auf einer gleichzeitigen Übergabe zu bestehen, befindet sich in einer ähnlichen Rolle wie ein Vermieter. Der Verkäufer wird die Besitzverschaffung nämlich nur hinausschieben, um das Grundstück selbst noch einige Zeit nutzen zu können. Zum Ausgleich wird der Käufer dem Wert der ihm entgehenden Nutzung durch einen Preisabschlag, der sich an den Mietpreisen orientiert, Rechnung tragen. Damit begibt sich der Käufer in die gleiche Position wie der Vermieter, der ebenfalls die Gefahr zu tragen hat, daß das vermietete Objekt ohne ein Verschulden des Mieters zerstört wird. Sicherlich ist der Absorptionsvorsprung des Vermieters im Vergleich zum Mieter³⁰⁹ stärker als der des Käufers im Vergleich zum Verkäufer, da der Verkäufer nur bis zur Höhe des Wertes des von ihm investierten Kaufgegenstandes belastet werden würde. Die besseren Versicherungsmöglichkeiten liegen jedoch eindeutig beim Käufer; denn mit dem Eigentumswechsel findet auch ein Übergang der Versicherung auf den Erwerber statt (§ 69 VVG). Im übrigen muß auch der sozialpolitisch motivierte mietrechtliche Schutz³¹⁰ dem Veräußerer zugute kommen, der sich von seinem Eigentum trennt und anstatt ausdrücklich einen Mietvertrag zu schließen, sich lediglich einen späteren Übergangszeitpunkt ausbedingt. Schließlich fällt auch noch der Umstand in die Waagschale, daß der Käufer das Kaufobjekt nicht unentgeltlich

³⁰⁶ Der Käufer muß durch die Übergabe auch Eigentümer werden. *Brox*, JuS 75, 5 f.; *Palandt-Putzo*, BGB, § 446 Anm. 4 mit Nachw.

³⁰⁷ Mot. II, S. 323.

³⁰⁸ Prot. II, S. 61.

³⁰⁹ Siehe oben S. 188 ff.

³¹⁰ Siehe oben S. 118 f.

beim Verkäufer beläßt, sondern daraus in Form eines Preisabschlages Nutzen zieht, der eine parallele Zuordnung des Risikos rechtfertigt.³¹¹

V. Zusammenfassung

Ist oder wird die Leistung unmöglich (Primärzweckstörung), so hat in aller Regel der Dienst- bzw. Sachleistungsschuldner die Preisgefahr und damit die Gefahr der Nutzlosigkeit seines Aufwandes zu tragen; denn er ist es, der den Leistungsprozeß plant und steuert. Er verfügt daher typischerweise über die besseren Informationsquellen und kann so die Risiken im abstrakten Sinne zuverlässiger und effizienter beherrschen, jedenfalls aber einfacher steuern. An dem in § 323 I BGB niedergelegten Grundsatz braucht also nicht gerüttelt zu werden. Allerdings haben sich die – z. B. in den §§ 324, 552, 645 BGB normierten – Durchbrechungen des § 323 I BGB als zu eng erwiesen. Hier hat man den § 323 I BGB durch extensive Auslegung der §§ 324 I, 552 BGB weiter zurückzudrängen.

So ist der Gläubiger immer dann mit der Preisgefahr zu belasten, wenn die Störung seiner Sphäre entspringt. Auch bei – eventuell unvorhersehbaren – Störungen, die aus dem neutralen Bereich stammen, ist dem Gläubiger die Preisgefahr aufzuerlegen, falls sich die von den individuellen Verhältnissen des Gläubigers geprägte Störung zuerst in dessen Sphäre auswirkt und sie – grundsätzlich – nicht zur Klasse homogener Störungen zählt. In die Kategorie der homogenen Störungen fallen dabei die Konstellationen, in denen das Hindernis die Erbringung einer gleichartigen Leistung an alle potentiellen Nachfrager, mit denen der Schuldner in Kontakt hätte treten können, unmöglich gemacht hätte. In solchen Fällen ist die Leistungskapazität des Schuldners generell unverwertbar, so daß die Störung des Austausches dem Gläubiger auch nicht auf der Grundlage des Veranlassungsprinzips zugerechnet werden kann. Bei homogenen Störungen trägt demnach der Schuldner die Preisgefahr, soweit er keine individuell auf den Gläubiger zugeschnittenen Aufwendungen getätigt hat.

Neben diesen aus dem Gedanken der Veranlassung, Beherrschbarkeit und Absorption abgeleiteten Kriterien können in beschränktem Umfang das Element sozialer Schutzbedürftigkeit (z. B. bei der Miete) sowie topoi wie das *venire contra factum proprium*, die partielle Unentgeltlichkeit sowie die Kongruenz von Nutzen und Risiko eine Rolle spielen.

§ 4 Das Aufwandsrisiko (Preisgefahr) bei Störungen der Verwendungsplanung (Sekundärzweckstörung)

Mit Hilfe der Zurechnungsprinzipien „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“ und „Absorbierbarkeit“ lassen sich auch die Risiken, denen die auf die Verwendung der Leistung bezogene Planung des Gläubigers ausgesetzt ist, sachgerecht zuordnen.

³¹¹ Larenz, SchR II, S. 76.

Diese Form der Risikoverteilung ist – wie sich zeigen wird – im Vergleich zum ursprünglichen gesetzlichen System, das fast ausnahmslos das Sekundärzweckrisiko dem Gläubiger zuweist, bedeutend flexibler, ohne den Nachteil einer konturenlos dem Einzelfall verpflichteten Billigkeitsentscheidung in Kauf nehmen zu müssen.

Unter dem Begriff der Sekundärzweckstörung werden all die Fälle zusammengefaßt, in denen ein in die Planung des Gläubigers eingegangener, für die Nutzung der Leistung erheblicher Faktor ausbleibt oder von Anfang an nicht existiert und dadurch die programmgemäße Verwendung vereitelt wird.³¹² Diese nutzungsrelevanten Faktoren liegen auf den verschiedensten Ebenen, je nachdem, welcher Verwendung die Leistung zugeführt werden soll.

Von der Sekundärzweckstörung sind solche Formen der subjektiven Äquivalenzstörung abzuheben, bei denen der Nachfrager die Leistung zwar wie geplant zu nutzen imstande ist, aber zu viel für sie bezahlt hat, – in denen er also – in wirtschaftswissenschaftlicher Terminologie – seine Konsumentenrente zu niedrig bemessen hat. Gedacht ist hier an die Konstellationen, in denen entweder das Angebot plötzlich stark anschwillt oder andere Nachfrager gleichartige Güter nicht so wie geplant nutzen können und deshalb bei Kenntnis der wahren Verhältnisse der Marktpreis für die konkrete Leistung niedriger angesetzt worden wäre, als dies im Vertrag geschehen ist. Der Gläubiger, der die Leistung so wie geplant nutzen kann, vermag sein Bedürfnis reibungslos zu befriedigen. Er muß nur aufgrund der Fehlprognose der Nachfrageentwicklung für die Leistung mehr aufwenden, als dies angesichts der wirklichen Knappheitssituation auf dem Markt nötig gewesen wäre.

Bei der Erörterung des Problemkreises der Sekundärzweckstörungen kann auf eine Differenzierung nach Vertragstypen verzichtet werden. Das BGB und seine Nebengesetze lösen die Frage der Zurechnung von Verwendungsrisiken bei allen Vertragsformen im wesentlichen auf die gleiche Weise. Es ist daher im folgenden auch nicht notwendig, bei der Korrektur der ursprünglichen Konzeption der Risikoverteilung Grundsätze herauszuarbeiten, die auf die verschiedenen Vertragstypen zugeschnitten sind.

I. Die Zurechnung des Risikos an den Gläubiger

Der Gläubiger als Verwender darf aus der Sicht der Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“, „Absorbierbarkeit“ nur sehr selten dem Schuldner die vereinbarte Vergütung entziehen, wenn er die Leistung nicht so verwenden kann, wie er sich das bei Vertragsschluß vorgestellt hatte; denn er vermag nicht nur üblicherweise die Gefahr einer Verwendungsstörung besser zu erkennen und damit zuverlässiger zu steuern und ihre Folgen gegebenenfalls aufzufangen, sondern er hat die Gefahr in aller Regel auch veranlaßt. Die Wirkung des vom Gläubiger abgegebe-

³¹² Hier ist zu beachten, daß sich hinter einer Verwendungsstörung auch eine Leistungsschwerung verbergen kann. So bei Verträgen mit einer langfristigen Abnahmepflicht, wie Bierbezugsverträgen (BGH, LM Nr. 1 zu § 247 BGB); siehe dazu auch S. 390 ff.

nen Versprechens und die Zurechnung des Verwendungsrisikos führen mithin typischerweise zum gleichen Ergebnis: dem Fortbestand der Gegenleistungspflicht.^{312a} Dem ist im folgenden nachzugehen.

1. Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung des Verwenders (Gläubigers)

Der Schuldner wird normalerweise in die Verwendungsplanung nicht unmittelbar eingeschaltet. Sein Beitrag zur arbeitsteiligen Bedürfnisbefriedigung konzentriert sich auf die Erbringung der Leistung, während es in erster Linie Sache des Gläubigers ist, dafür zu sorgen, daß er mit Hilfe der in seinen Organisationsbereich gelangten Leistung seinen Bedarf decken kann. Da die Leistung im Bereich des Gläubigers verwertet werden soll, wird die Verwendungsplanung natürlich im wesentlichen von Gefahren bedroht, die aus der Sphäre des Gläubigers stammen oder, soweit sie „von außen“ kommen, sich doch zunächst in ihr auswirken.

a) Gefahren, die der Sphäre des Verwenders entspringen

Entspringt die Ursache der Sekundärzweckstörung dem *Organisationsbereich des Gläubigers*, so steht sein Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung außer Zweifel. Derartige Risiken vermag der Gläubiger mit Sicherheit besser als der Schuldner vorherzusehen, einzukalkulieren und in einer Art und Weise abzuwehren, daß der hierfür erforderliche Aufwand relativ niedrig bleibt und zugleich auch von dem erhofften Nutzen nicht übertroffen wird. Es war deshalb beispielsweise aus der Sicht der Geschäftsgrundlagen-Figur nie fraglich gewesen, daß sich ein Pächter eines Nachtlokals das Risiko anlasten lassen muß, daß ihm infolge strafbarer Handlungen die Konzession entzogen wird.³¹³ Gleiches gilt für den Fall, daß der Käufer auf Grund ärztlicher Anordnung den bestellten Wein nicht mehr trinken darf.³¹⁴

b) „Von außen“ kommende Störungen, die sich zuerst auf die Sphäre des Verwenders auswirken

Aber auch dort, wo die Störungsquelle in der *neutralen Sphäre* liegt und von dort den *Bereich des Gläubigers* beeinflusst, ist meist ein Beherrschbarkeits- oder zumindest ein Absorptionsvorsprung des Gläubigers zu bejahen. Kraft seiner Sachnähe und seines größeren Interesses an einer reibungslosen Nutzung der Leistung ist der Gläubiger typischerweise in der Lage, die die planungsgemäße Verwendung gefährdenden Faktoren eher zu erkennen und sie, soweit dies rentabel erscheint, auszuschalten. Bei evident unbeherrschbaren Gefahren vermag er immerhin kraft seiner

^{312a} Vgl. OLG Stuttgart, BB 74, 199 (200).

³¹³ Beispiel nach Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 169, der zum gleichen Ergebnis kommt.

³¹⁴ Fall nach Larenz, GG, S. 105; vgl. aber OLG Frankfurt, MDR 74, 401, wo der Wegfall der GG bejaht wird, weil die Erben die vom Erblasser gekauften Sachen nicht gebrauchen können, obwohl die Erben voll in die Stellung des Erblassers und damit in dessen Verwendungsrisiko eintreten.

besseren Informationschancen exakter als der Schuldner Risikoprämien einzukalkulieren.³¹⁵

Diesen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Gläubigers erhellen drei Beispiele aus der Rechtsprechung, die auf der Grundlage der Geschäftsgrundlagen-Figur gelöst wurden.

In der ersten Entscheidung versuchte der Mieter von einem Mietvertrag über ein gewerblich genutztes Grundstück mit dem Argument loszukommen, er habe die Qualität der aus der Geschäftslage resultierenden Gewinnaussichten zu hoch eingeschätzt. Es habe sich gezeigt, daß in den angemieteten Räumen kein ausreichender Gewinn erzielt werden könne.

Der BGH³¹⁶ lehnte die Berücksichtigung der Sekundärzweckstörung ab. Die Realisierung der Hoffnung, auf dem gemieteten Grundstück gewinnbringende Geschäfte und nicht etwa Verluste zu machen, gehöre eindeutig zum Risikobereich des Mieters; denn kein Vermieter würde sich, falls den Vertragsschließenden der wirtschaftliche Erfolg des Mieters zweifelhaft wäre, auf ein Ansinnen des Mieters, den Bestand oder jedenfalls den Inhalt des Vertrages von diesem Erfolg abhängig zu machen, einlassen oder redlicherweise einlassen müssen. Anders möge zu entscheiden sein, wenn außergewöhnliche, außerhalb der Sphäre der Beteiligten liegende Ereignisse eintreten, die hier jedoch keineswegs gegeben seien. Der Entscheidung ist im Ergebnis voll zuzustimmen, – nur hätte der BGH, anstatt Spekulationen über das Verhalten von Vermietern anzustellen oder auf die Leerformel³¹⁷ „redlich“ auszuweichen, darauf abheben sollen, daß der Mieter, der auf einem gemieteten Grundstück einen Betrieb eröffnen will, das Gewinnrisiko in aller Regel besser zu steuern und einzukalkulieren vermag. Soweit der Mieter durch entsprechende geschäftspolitische Maßnahmen seinen Gewinn steigern kann, ist sein Beherrschbarkeitsvorsprung evident.³¹⁸ Selbst wenn im Einzelfall größere Investitionen offensichtlich ohne Erfolg bleiben müssen, so kann man doch vom Mieter, der sich in einem bestimmten Geschäftszweig betätigen will, typischerweise erwarten, daß er besser als der branchenfremde Vermieter um die Erheblichkeit bestimmter Faktoren wie Verkehrsverbindung, Bevölkerungsstruktur, Entwicklung der Nachfrage konkurrierender Betriebe für seine unternehmerische Tätigkeit Bescheid weiß und daher die Gewinnaussichten einer bestimmten Geschäftslage eher abzuschätzen vermag.³¹⁹

Hatte der Schuldner in den Räumen selbst ein Geschäft betrieben, das er nunmehr an den Gläubiger verpachtet, so läßt sich allerdings ein Beherrschbarkeitsvorsprung

³¹⁵ Siehe auch Fn. 108.

³¹⁶ BGH, LM 60 zu § 242 (Bb) BGB. Vgl. auch BGH, WM 71, 244; WM 56, 355.

³¹⁷ *Flume*, AT, S. 500; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 162.

³¹⁸ Vgl. auch BGH, GRUR 1974, 40ff; *Goltz*, DB 74, 1611f; OLG Stuttgart, NJW 54, 233, wo allerdings die Gründe, die zum geschäftlichen Mißerfolg und zu der Aufgabe des Unternehmens geführt haben, nicht angegeben werden. Unterstellt man, daß die Ursache im schlechten Management oder in der unzureichenden Kapitalausstattung lag, so kann das Risiko dem Käufer auf der Grundlage des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips zugerechnet werden.

³¹⁹ Vgl. *Goltz*, Motivirrtum aaO, S. 249.

des Verpächters nicht ohne weiteres von der Hand weisen, sofern für ihn bereits bei Vertragsschluß die Planungsdaten, von denen der Pächter ausging, und die für die Fehlplanung verantwortlichen Ursachen sichtbar geworden waren.³²⁰ Nur unter diesen besonderen Umständen kann der Pächter das Risiko von sich abwälzen.

Das maßgebliche Zurechnungskriterium liefert der Beherrschbarkeitsvorsprung des Gläubigers auch in folgendem Fall.

Eine Frankfurter Großhandelsfirma kaufte im eigenen Namen für Rechnung eines in Kassel niedergelassenen Unternehmens Gewürze von einer Hamburger Import- und Großhandelsfirma. Die Gewürze konnten in Kassel nicht gewinnbringend weiterveräußert werden, da die Preisüberwachungsstelle Maßnahmen für den Fall androhte, daß die Gewürze im Raum Kassel zu Preisen vertrieben werden würden, die wenigstens die Beschaffungskosten deckten.

Das OLG Frankfurt³²¹ stellte ähnlich dem BGH in dem „Geschäftsmiete“-Fall die These auf, kein Kaufmann würde ein Geschäft davon abhängig machen, daß die Ware von seinem Abnehmer mit Gewinn weiter verkauft werden könne. Es hebt aber auch zutreffend hervor, daß von einem Großkaufmann verlangt werden könne, daß er sich, bevor er sich mit Ware eindeckt, über die Markt- und Preislage orientiere. Darin kommt das Zurechnungselement des Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprungs zum Ausdruck. Der marktnähere Händler kann sich einfacher und zuverlässiger über die Lage auf dem Markt, auf dem er die Ware weitervertrieben will, informieren und demzufolge zukünftige Nachfrageveränderungen zumindest ebenso gut wie der Verkäufer, normalerweise aber besser als sein Vertragspartner vorhersehen. Dieser Informationsvorsprung macht sich auch bei der Prognose über das Vorgehen einer lokalen Behörde bemerkbar, die den preispolitischen Spielraum des Käufers im Rahmen eines gewissen Beurteilungsspielraums einschränken kann.

In die gleiche Kategorie fällt die „Schlachthof“-Entscheidung. Käufer und Verkäufer besaßen erhebliche Forderungen gegen eine GmbH, die mit Genehmigung der gemeindlichen Schlachthofverwaltung den Handel mit Vieh und Fleisch in der Fleischgroßmarkthalle betrieb. Der Käufer war daran interessiert, über die GmbH weiter den Schlachthof zu beliefern. Er kaufte daher die Forderungen des Verkäufers gegen die GmbH auf, nachdem er sich vorher in Verhandlungen mit der Stadtverwaltung vergewissert hatte, daß die weitere Existenz der GmbH auf dem Schlachthof gesichert sei. Kurz nach Abschluß des Kaufvertrages wurde jedoch der GmbH die Genehmigung für den Handel auf dem Schlachthof entzogen.

Der BGH³²² rechnete das Risiko dem Käufer zu. Die Verhandlungen mit der

³²⁰ Undifferenziert BGH, WM 70, 133, der sich auf die Frage der Aussagekraft von Umsätzen konzentriert, anstatt der Frage nachzugehen, ob der ständige Rückgang der Umsätze durch Eigenschaften des zum Verkauf stehenden Geschäftes als solchem, seiner Umwelt oder durch die Person seines Inhabers, des jetzigen Anbieters, verursacht worden ist. Vgl. auch *Immenga*, AcP 171 (1971), S. 12f. Weitere Nachw. zu diesem Problemkreis, *Müller*, JuS 75, 490.

³²¹ OLG Frankfurt, NJW 52, 508; ferner OLG Frankfurt, BB 74, 1094.

³²² BGH, LM 47 zu § 242 (Bb) BGB.

Stadtverwaltung und ihr Ergebnis seien nämlich erkennbar im Risikobereich des Käufers gelegen. Der Käufer müsse daher auch die Enttäuschung seiner Hoffnung auf sich nehmen, durch weitere Lieferungen an die GmbH einen Ausgleich für die erworbenen und seine eigenen Forderungen zu erhalten; denn der Käufer habe ohne Beteiligung des Verkäufers versucht, die Chancen für einen Fortbestand der GmbH zu klären. Der BGH hat somit zutreffend darauf abgestellt, daß der Käufer allein in Verhandlungen mit der Stadtverwaltung trat. Der Käufer war deshalb auch allein in der Lage, die Qualität und Zuverlässigkeit der ihm gegebenen Informationen zu beurteilen. Er darf daher später dem Verkäufer nicht entgehenhalten, ihm seien fehlerhafte Auskünfte gegeben worden.³²³

2. Gleiche Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten von Schuldner und Gläubiger

Das Verwendungsrisiko ist dem Gläubiger *grundsätzlich* auch dann aufzuerlegen, wenn es für *beide* Parteien *gleichermaßen gut* steuerbar bzw. absorbierbar ist, – oder, was für die Frage einer Korrektur der überkommenen Risikoverteilungskonzeption wichtiger ist, von *beiden* Parteien infolge der *Unvorhersehbarkeit* der Störung *weder* gesteuert *noch* reibungslos aufgefangen werden könnte. In diesen Fällen genügt nämlich allein die Veranlassung des Verwendungsrisikos durch den Gläubiger, um ihm die Gefahr zuzurechnen, daß er sein Bedürfnis nicht zu befriedigen vermag.

a) Die Veranlassung der Gefahr

Der Gläubiger hat das Verwendungsrisiko immer dann veranlaßt, wenn auf Grund des Vertragsschlusses die Möglichkeit entstanden ist, daß Leistungskapazität fehlgeleitet worden ist. Eine Fehlleitung von sachlichen und personellen Mitteln ist für die *heterogene* Sekundärzweckstörung charakteristisch, bei der das in der Verwendungsplanung nicht berücksichtigte Ereignis *so eng* mit den *individuellen* Verhältnissen des Gläubigers verbunden ist, daß durch dieses Ereignis für ihn zwar die Leistung nutzlos wird, hierdurch jedoch die Verwendungsplanung anderer potentieller Nachfrager nicht tangiert worden wäre.³²⁴

Freilich ist es vielfach zweifelhaft, ob andere potentielle Nachfrager im Leistungszeitraum bereit gewesen wären, die Leistungskapazität des Schuldners zu dem zwischen den Parteien vereinbarten Entgelt in Anspruch zu nehmen, und ob die Leistungskapazität des Schuldners so ausgelastet war, daß für ihn ihre Fehlleitung über geringfügige Abschlußkosten hinaus wirtschaftlich relevant wurde.

³²³ Der BGH hätte freilich auch dann zum selben Ergebnis kommen müssen, wenn sich keine der Parteien bei der Stadtverwaltung erkundigt hätte, da dann der Grundsatz gilt, daß der Käufer das Bonitätsrisiko trägt. (Vgl. oben S. 171, 184 f.). Haben sich beide Parteien erkundigt, so liegt ein Fall „gleicher Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten“ vor. Die Entscheidung hängt dann davon ab, ob die Möglichkeit einer fehlerhaften Auskunft unvorhersehbar war oder nicht.

³²⁴ Vgl. auch BGH, NJW 58, 785.

Dem Schuldner kann man indessen nicht zumuten, daß er ex post den Nachweis führt, ihm sei durch den Vertragsschluß die Chance zerstört worden, seine Leistungskapazität zu einem ähnlichen Preis zugunsten anderer potentieller Nachfrager einzusetzen. Mit dem Vertragsschluß wird er, wenn er nur über eine beschränkte Leistungskapazität verfügt, weil er beispielsweise ein Bild eines berühmten Meisters veräußert hat, seine Bemühungen, einen Austauschvertrag abzuschließen, eingestellt haben. Er wird daher gar nicht mehr mit anderen potentiellen Nachfragern Kontakt aufgenommen haben. Man muß deshalb bei den heterogenen Sekundärzweckstörungen zu einer Generalisierung greifen, die den Schuldner im Interesse der Verkehrssicherheit vor einem kaum zu führenden Beweis schützt.³²⁵

Eine generalisierende Betrachtungsweise ist im Prinzip auch dort am Platze, wo es darum geht, ob der Schuldner trotz der konkreten Vereinbarung Leistungskapazität frei hatte, mit deren Hilfe er die Wünsche beliebiger anderer Nachfrager ohne weiteres zu befriedigen imstande war. Diese Frage wird vornehmlich bei *Werkverträgen und Kaufverträgen über Massengüter* auftauchen. Dazu zählt der berühmte „Aussteuer“-Fall. Hier könnte man sicherlich aus der Sicht der Veranlassung nutzlosen Aufwandes behaupten, der Umstand, daß der Händler im Hinblick auf die geplante Heirat einen größeren Posten Hausrat an die Verlobten veräußern konnte, habe ihn nicht gehindert, andere Nachfrager mit gleichartigen Waren zu beliefern. Komme die Heirat nicht zustande, so sei die Anschaffung aus der Sicht der Käufer nutzlos, ohne daß dadurch die Leistungskapazität des Händlers gebunden worden sei. Diese Argumentation schenkt jedoch zum einen dem Umstand zu wenig Beachtung, daß der Schuldner über die Ware disponieren mußte, sie bereitzuhalten hatte und möglicherweise bereits ausgeliefert hat. Diese Kosten hat zweifellos der Käufer veranlaßt. Daneben kann die Situation eintreten, daß sich der Schuldner zur Erfüllung weiterer Verträge zu gestiegenen Marktpreisen hat neu eindecken müssen.³²⁶

Die auf diese Weise veranlaßten Aufwendungen mögen allerdings an das vereinbarte Entgelt bei weitem nicht heranreichen. Dadurch stellt sich das Problem, ob es vom Standpunkt des Veranlassungsprinzips nur gerechtfertigt ist, die *konkreten Aufwendungen* zu ermitteln und auf den Gläubiger abzuwälzen, ihn im übrigen aber aus seinem Versprechen zu entlassen. Gegen eine solche Regelung spricht das Ziel einer möglichst *praktikablen* Risikoordnung; denn eine individuelle Kostenrechnung würde sich nur zu oft als Quelle von Streitigkeiten entpuppen, denen der Schuldner nicht ausgesetzt gewesen wäre, wenn er ausschließlich mit Nachfragern kontrahiert hätte, die ihren Bedarf reibungslos decken können.

Ferner ist zu beachten, daß der Gläubiger eine bestimmte Leistung *versprochen*

³²⁵ Vgl. Koller, BB 73, 1561 m.w. Nachw.

³²⁶ Im Rahmen der Frage, ob sich der Gläubiger von seinem Gegenleistungsversprechen lösen darf, ist es hingegen irrelevant, daß der Schuldner den aus dem Austauschgeschäft erhofften Gewinn bereits verplant hat; denn derartige Vertrauensdispositionen sind bei allen Sekundärzweckstörungsrisiken, auch den unvorhersehbaren, homogenen Verwendungsstörungen, zu beobachten, ohne daß diese Vertrauensinvestitionen dazu führen könnten, den Gläubiger an seinem vollen Gegenleistungsversprechen festzuhalten.

hat. Der Gedanke der Vertragstreue³²⁷ hat zwar bislang im Rahmen der Risikoverteilung keine Rolle gespielt. Er war nicht deshalb übergangen worden, weil er gänzlich irrelevant wäre, sondern weil er isoliert gegenüber dem Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip, aber auch dem Veranlassungsprinzip zu schwach ist. Bei Leistungserschwerungen soll der Gläubiger, wenn beide Parteien das Risiko gleich gut beherrschen und absorbieren können, den erhöhten Aufwand als Folge des Risikos auf sich nehmen, das der Schuldner in seinem Interesse eingegangen ist. Der Gedanke der Vertragstreue, der den Schuldner zwingen würde, zum vereinbarten Preis zu leisten, tritt hier also hinter die Veranlassung des Risikos zurück. Bei Primärzweckstörungen (Unmöglichkeit der Leistung) wird der Gedanke des „do ut des“ zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung der Veranlassung nutzlosen Aufwandes verdrängt. Diese Korrektur der ursprünglichen Konzeption des Gesetzes steht in vollem Einklang mit dem Element der Vertragstreue, da der Gläubiger, der die Fehlleistung von Leistungskapazität veranlaßt hat, trotz Unmöglichkeit der Leistung verpflichtet bleibt, sein Versprechen zu erfüllen.

In den Fällen der Sekundärzweckstörung geht es hingegen bei gleichen Beherrschungs- sowie Absorptionsmöglichkeiten nicht um das Verhältnis zwischen Veranlassung und Vertragstreue, sondern um das *Fehlen veranlaßter Kosten* im Verhältnis zum Element der Vertragstreue. Es erhebt sich also hier die Frage, inwieweit ein *Umkehrschluß* aus dem Veranlassungsprinzip dazu nötigt, den Versprechenden von seinem Versprechen zu entbinden, soweit er keine Aufwendungen veranlaßt hat. Man muß nun nicht *allein* deshalb, weil der veranlassende Gläubiger – vorbehaltlich eines Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprungs des Schuldners – die von ihm verursachten Leistungserschwerungsrisiken und Gefahren nutzlosen Aufwandes zu tragen hat, zu dem Ergebnis kommen, daß im umgekehrten Fall der Gläubiger auch gleichmäßig zu entlasten ist. Die an sich aus dem Fehlen veranlaßter Kosten resultierende Risikoentlastung des Gläubigers ist im Vergleich zur Vertragstreue *schwächer* als die positive Veranlassung von erhöhten Kosten oder nutzlosem Aufwand. Dies läßt sich zum einen auf die Erwägung stützen, daß der Gläubiger aufgrund einer Risikozuweisung nicht zu erhöhten Aufwendungen, sondern lediglich zu einer Erfüllung seines Versprechens verpflichtet wird. Zwar wird der Gläubiger auf der Basis des Veranlassungsprinzips bei Primärzweckstörungen ebenfalls zur Zahlung des vereinbarten Entgelts angehalten. Im Unterschied dazu ist der Schuldner aber bei Sekundärzweckstörungen in der Lage, sein Versprechen zu erfüllen. Dies kann für die Risikoverteilung nicht ohne jede Bedeutung bleiben.

Daraus folgt freilich nicht, daß das Element der Vertragstreue in Fällen, in denen der vom Gläubiger veranlaßte, infolge einer Sekundärzweckstörung nutzlose Aufwand nicht an das Entgelt heranreicht, immer den Ausschlag zu geben hätte. In diesen Fällen ist vielmehr eine *differenzierende Lösung* angebracht. Dort, wo der Gläubiger *ins Gewicht* fallende Aufwendungen veranlaßt hat, ist das *gesamte* Verwendungsrisiko im Sinne der Vertragstreue zuzuordnen. Damit erspart man sich

³²⁷ Vgl. dazu oben S. 7.

zugleich die Schwierigkeiten, die mit einer konkreten Kostenrechnung verbunden sind.³²⁸ Das Element der Vertragstreue hat erst dann zurückzutreten, wenn der Gläubiger *ganz offensichtlich keine individuelle Fehlleitung nutzbringender Leistungskapazität veranlaßt hat*, weil eine unvorhersehbare Störung die Verwendungsplanung aller potentiellen Nachfrager erfaßt hätte.

Die hier vorgeschlagene Lösung, den Gläubiger bei Sekundärzweckstörungen, die von beiden Parteien gleich gut beherrscht und aufgefangen werden können, grundsätzlich an seinem Versprechen festzuhalten, wenn er in gewissem Umfang sinnlos gewordenen Aufwand veranlaßt hatte, führt auch im Ergebnis zu keiner übermäßigen Belastung des Gläubigers. In der Regel kann der Gläubiger die vom Schuldner erbrachte Leistung – wenn auch mit Verlust – weiter veräußern, da die meisten Leistungen fungibel, d.h. für andere Personen brauchbar sind und daher nachgefragt werden. Bei infungiblen Leistungen wird man freilich in Anlehnung an § 649 BGB dem Gläubiger das Recht zubilligen müssen, die nachweisbaren Aufwandserparnisse des Schuldners auf die Vergütung anrechnen zu dürfen.³²⁹ Darauf soll später näher eingegangen werden.³³⁰

Die Angemessenheit des in dieser Form konkretisierten Veranlassungsprinzips und die Brauchbarkeit der auf seiner Grundlage erzielten Ergebnisse soll im folgenden an Hand einer Reihe von Fällen demonstriert werden, in denen streitig geworden ist, ob der Gläubiger wegen einer Störung des Verwendungszweckes der Leistung berechtigt ist, sich der Vergütungspflicht zu entledigen.

b) Fälle heterogener Sekundärzweckstörungen

Das erste Beispiel liefert der „Bohrhämmer“-Fall.

Der Besteller schloß mit dem Lieferanten einen Werklieferungsvertrag über Bohrhämmer, die in die Ostzone ausgeführt werden sollten. Beide Parteien gingen davon aus, daß trotz der bei Vertragsschluß bestehenden Berliner Blockade die Lieferung der Bohrhämmer in die Ostzone in absehbarer Zeit möglich sein werde. Es stellte sich jedoch später heraus, daß der Export in überschaubarer Zukunft nicht durchgeführt werden konnte. Zu diesem Zeitpunkt hatte der Lieferant ca. 200 Bohrhämmer fertiggestellt und die Herstellung der übrigen Maschinen zu zwei Dritteln vollendet. Außerdem hatte er sich mit Material eingedeckt. Die Bemühungen der Parteien, die Ware anderweit abzusetzen, blieben, von Einzelstücken abgesehen, erfolglos.

Der BGH³³¹ nahm an, daß die Ausfuhr der Bohrhämmer in die Ostzone Geschäftsgrundlage geworden sei und verteilte das Risiko der Sekundärzweckstörung auf beide Parteien. Das Geschäft habe für beide Parteien ein Risikomoment enthal-

³²⁸ Die optimale Allokation der Ressourcen wird durch diese Form der Risikoverteilung jedenfalls dann nicht gestört, wenn beide Parteien gleiche und ausreichende Kenntnis von den Risiken besitzen, die mit der Verwendung verbunden sind. Vgl. Barton, 1 Journal of Legal Studies, S. 283 ff (1972); im übrigen Fn. 108.

³²⁹ Weitergehend Rothoef, System aaO, S. 229.

³³⁰ Siehe unten S. 363 ff.

³³¹ BGH, LM 12 zu § 242 (Bb) BGB; zustimmend Fikentscher, GG aaO, S. 73.

ten, da es nach Inkrafttreten der Berliner Blockade abgeschlossen worden sei. Daneben berücksichtigte er die Tatsache, daß der Lieferant bereits erhebliche Aufwendungen gemacht hatte. Dem Besteller sei es daher zuzumuten, mindestens ein Viertel der vereinbarten Vergütung zu entrichten.

Der Umstand allein, daß die Parteien den Werklieferungsvertrag in Kenntnis der Blockade geschlossen haben, daß sie sich mithin gemeinsam des Risikos bewußt sein mußten, führt indessen nicht dazu, die Gefahr einer Sekundärzweckstörung beiden Parteien zuzurechnen. Wenn beide Vertragspartner die gleichen Informationsmöglichkeiten über Gefahren besitzen, die von ihnen nicht beseitigt werden können, so heißt das grundsätzlich nur, daß beide Parteien die Risikofolgen gleich gut auffangen können, nicht aber, daß sie unter ihnen aufzuteilen wären.

Man kann auch entgegen Flume die Lösung des Verteilungsproblems nicht einfach der für den Kaufvertrag typischen Risikozuordnung³³² entnehmen, die Sekundärzweckstörungen, soweit sie nicht durch Sachmängel ausgelöst sind, dem Käufer zuweist, – eine Risikoverteilung, die in dieser undifferenzierten Form allgemein als korrekturbedürftig gilt. Ohne Überzeugungskraft für eine sachgerechte Risikozurechnung ist auch das Kriterium der „Gemeinsamkeit“, das darauf abhebt, ob sich der Produzent den Verwendungszweck des Bestellers „zu eigen gemacht“ habe, weil die von ihm hergestellten Bohrhämmer nur in der Sowjetzone Verwendung finden konnten und daher die Produktion mit dem Wegfall der Exportmöglichkeiten sinnlos werden mußte.³³³

Vor allem darf man auf den Umstand, daß die Parteien gemeinsam von der Lieferbarkeit in die Ostzone ausgegangen sind, nicht die These stützen, daß beide Parteien das Risiko, das sie gemeinsam erkennen konnten, auch gemeinsam tragen wollten. Dafür fehlen alle Anhaltspunkte im Willen der Parteien. Will man sich nicht auf Willensfiktionen einlassen, so muß man die Entscheidung des Falles aus normativen Kriterien herleiten.

Für die Risikozuordnung ist allein maßgeblich, in welchem Umfang der Besteller Aufwendungen veranlaßt hat, die sich nach dem Exportstop als völlig nutzlos erweisen. Daß der Besteller die Kosten, die für die bereits voll oder teilweise fertiggestellten Bohrhämmer angefallen sind, veranlaßt hat, ist nicht weiter zweifelhaft. Daraus folgt, daß im Einklang mit der ursprünglichen Konzeption der Risikoverteilung bei Austauschverträgen immer nur die eine oder die andere Partei voll mit dem Risiko zu belasten ist, während ein „Splitting“ der Risikoauswirkungen ausscheidet. Fraglich kann nur sein, ob der Besteller eine Fehlleitung der Leistungskapazität veranlaßt hat. Es liegt nahe, dies zu verneinen, falls Bohrhämmer der bestellten Art nur in der Ostzone Verwendung finden konnten, weil dann den Bohrhämmern jeglicher Nutzen abhanden gekommen wäre. Damit würde man sich der Formel Larenz's von der objektiven Zweckvereitelung nähern. Diese Position ist jedoch nicht haltbar. Man

³³² Flume, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I S. 222; Goltz, Motivirrtum aaO, S. 250.

³³³ Larenz, GG, S. 152.

würde nämlich an der Tatsache vorbeigehen, daß der Produzent Bohrhämmer nicht auf Vorrat, sondern offensichtlich auf Bestellung herstellte. Seine Leistungskapazität war mithin keineswegs auf Bohrhämmer spezialisiert. Es kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, daß er sich mit der Übernahme des Bohrhämmer-Auftrages der Chance begeben hatte, seine Produktionskapazität lückenlos mit anderen gleichwertigen Aufträgen auszulasten. Diese Leistungskapazität ist auf Veranlassung des Bestellers sinnlos für die Produktion von Bohrhämmern gebunden und auf diese Weise einem nutzbringenden Einsatz entzogen worden. Dem Besteller ist deshalb das volle Risiko der Sekundärzweckstörung aufzuerlegen, – allerdings mit dem Vorbehalt, daß er berechtigt ist, in analoger Anwendung des § 649 BGB vom Vertrag zurückzutreten und so die vom Produzenten ersparten Aufwendungen sowie die Einkommen aus einer anderweitigen Verwertung der Produktionskapazität von der vereinbarten Vergütung abzuziehen.³³⁴

Das Veranlassungsprinzip liefert auch das ausschlaggebende Entscheidungskriterium im „*Charter*“-Fall.

Eine deutsche Kohlenimportfirma schloß mit dem Reeder einen Chartervertrag über mehrere Reisen von Stettin nach deutschen Häfen. Nachdem das Schiff einige der vereinbarten Reisen ausgeführt hatte, erging eine Verordnung, durch die ein Kohleneinfuhrzoll begründet wurde. Die Kohlenimportfirma teilte dem Reeder mit, sie habe für weitere Reisen des Schiffes keinen Bedarf mehr, da die Einführung des Zolls den Import von polnischer Kohle unrentabel gemacht habe.

Der BGH³³⁵ erkannte dem Reeder einen Anspruch auf Fautfracht zu (§ 580 HGB). Dem Frachtvertrag liege zwar der objektive Zweck zugrunde, den Befrachter durch die Beförderungsleistung instand zu setzen, die Kohle im Inland mit Gewinn zu veräußern. Die Möglichkeit einer nutzbringenden Verwertung der zur Beförderung anstehenden Güter gehöre jedoch in vollem Umfang zum Risikobereich des Befrachters. Der Gesichtspunkt des Wegfalles der Geschäftsgrundlage könne somit regelmäßig nicht dazu führen, daß der Befrachter entschädigungslos kündigen dürfe, wenn ein rentabler Weiterverkauf wegen neu eingeführter Zölle ausgeschlossen sei. Das Importgeschäft sei besonders risikoreich, da immer wieder staatliche Eingriffe zum Schutz der einheimischen Produktion vorkämen. Es sei deshalb unerheblich, ob die staatliche Maßnahme vorhersehbar gewesen sei. Eine Ausnahme gelte nur dort, wo der Bestand des Unternehmens durch die Einführung des Zolls in einem Ausmaß erschüttert werde, daß die Fortsetzung des Betriebes ernstlich in Frage gestellt werde. Das sei im konkreten Fall indessen nicht zu befürchten.

Dem Urteil ist im Ergebnis voll zuzustimmen. Allerdings ist es in der Begründung zu undifferenziert. Man kann nicht lediglich darauf abstellen, daß ein Importgeschäft immer das besondere Risiko staatlichen Eingriffes mit sich bringt. Wirtschaftslenkende Maßnahmen kennzeichnen, wie P. Ulmer³³⁶ zutreffend festgestellt

³³⁴ *Flume*, In: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I, S. 224.

³³⁵ BGH, LM Nr. 1 zu § 629 HGB.

³³⁶ P. Ulmer, AcP 174 (1974), 167 ff.

hat, heute die gesamte Außen- und Binnenwirtschaft. Zu Recht hat daher auch der BGH im „Bohrhämmer“-Fall³³⁷ nicht berücksichtigt, daß die Sekundärzweckstörung auf außenwirtschaftlichen Blockademaßnahmen beruhte. Darüber hinaus kann dem topos, beim Importgeschäft liege die Gefahr eines staatlichen Eingriffes außerordentlich nahe, doch immer nur die Bedeutung zukommen, daß die Risikofolgen ausreichend absorbierbar seien. Davon kann jedoch nicht mehr ohne weiteres die Rede sein, wenn die konkrete Maßnahme außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag. Die Tatsache, daß irgendwann mit irgendwelchen Zollerhöhungen zu rechnen ist, macht das Risiko einer Sekundärzweckstörung nicht kalkulierbar.³³⁸

Die im Ergebnis richtige Zurechnung des Risikos an den Befrachter kann auch hier nur³³⁹ daraus abgeleitet werden, daß der Befrachter ein heterogenes Risiko veranlaßt und die Leistungskapazität des Reeders fehlgeleitet hat.³⁴⁰ Die Einführung eines Importzollens für Kohle stört nicht alle für den Reeder in Betracht kommenden Frachtgeschäfte, sondern nur den Import von Kohle in die Bundesrepublik Deutschland. Es kann daher hier wie auch sonst oft nicht ausgeschlossen werden, daß der Reeder die Möglichkeit gehabt hätte, seine Tonnage zu gleichen Konditionen anderweit störungsfrei einzusetzen. Diese Chance ist ihm durch die vertragliche Bindung an den Befrachter genommen worden.^{340a}

Auf der gleichen Linie liegt die vieldiskutierte „*Marikka Röck*“-Entscheidung.³⁴¹ Sie basiert auf folgendem Sachverhalt. Eine Halle wurde zum Zweck der Aufführung eines Gastspiels mit Marikka Röck vermietet. Der Mietpreis betrug 15% der Brutto-Einnahmen, mindestens jedoch DM 1 500. Das Gastspiel konnte infolge eines Unfalles der Künstlerin nicht durchgeführt werden.

Zu diesem Fall werden die verschiedensten Auffassungen vertreten. Das OLG Bremen, das über den Fall zu befinden hatte, sowie ein Teil der Literatur halten eine Risikobelastung des Vermieters für gerechtfertigt. Das OLG Bremen stützt sich hierbei auf § 323 I BGB; die Leistung sei unmöglich geworden, da das geplante Gastspiel niemand durchzuführen vermöge. Larenz³⁴² nimmt einen Wegfall der Geschäftsgrundlage an, weil sich der Vermieter mit der Vereinbarung eines teilweise partiarischen Entgelts den Zweck des Mieters zu eigen gemacht habe. Die herrschende Meinung vertritt hingegen die Ansicht, daß der Mieter das Mindestentgelt zu zahlen habe. Donau³⁴³ wendet § 552 BGB an. Einen Fall des Annahmeverzuges mit der

³³⁷ BGH, LM Nr. 12 zu § 242 (Bb) BGB.

³³⁸ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB Anm. 700.

³³⁹ Der wirtschaftspolitische Zweck der Zollerhöhung, Schutz der einheimischen Kohle, ergibt hier – wie vielfach bei wirtschaftslenkenden Gesetzen – keinerlei Anhaltspunkte für die Risikoverteilung in den davon mittelbar betroffenen Austauschverhältnissen.

³⁴⁰ Im Ergebnis richtig daher auch BGH, NJW 51, 517 (518), daß die unvorhersehbare Versteuerung des Wiederverkaufspreises irrelevant ist. Auf der gleichen Linie liegt der „coronation case“, in dem ein Schiff zur Flottenbesichtigung verchartert wurde. Dazu *Larenz*, GG, S. 75; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 167f.

^{340a} So im Ergebnis auch *Larenz*, GG, S. 75; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 167f bei der Vercharterung eines Schiffes anlässlich der Krönung.

³⁴¹ OLG Bremen, NJW 53, 1393.

³⁴² *Larenz*, GG, S. 151; ebenso *Kraft*, NJW 53, 1751.

³⁴³ *Donau*, NJW 54, 177; ebenso *Soergel-Siebert-Knopp*, BGB, § 242 Anm. 445; ähnlich *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 59.

Folge des § 324 II BGB hält Beuthien³⁴⁴ für gegeben. Die Halle sei nämlich trotz des Unfalles der Künstlerin sowohl nach ihrer räumlichen Beschaffenheit als auch nach den sachbedingten Umweltverhältnissen für Gastspiele tauglich geblieben. Das Gastspiel könne, soweit es an der Raumnutzungsgewährung des Vermieters liege, jederzeit stattfinden. Flume³⁴⁵ weist darauf hin, daß nach dem Vertrag der Vermieter DM 1 500 in jedem Fall dafür haben sollte, daß er die Halle zur Verfügung stellte. Köhler³⁴⁶ endlich will den vereinbarten Mindestmietzins nur gelten lassen, wenn er nicht über dem üblichen Mietzins lag, andernfalls müsse sich der Vermieter nach dem Prinzip der Risikonutznießung einen Abzug gefallen lassen. Die herrschende Meinung weist das Risiko dieser Sekundärzweckstörung zu Recht dem Mieter zu. Die Gefahr eines Unfalles der Hauptdarstellerin entsprang zwar nicht dem Organisationsbereich des Mieters. Man mag auch zu Recht behaupten, daß theoretisch das Risiko für beide Parteien gleich gut vorhersehbar war. Entscheidend ist aber, daß der Mieter ein typisch heterogenes Risiko einer Sekundärzweckstörung veranlaßt hat; denn wie Beuthien³⁴⁷ zutreffend betont, war die Halle auch nach dem Unfall zur Durchführung von Gastspielen schlechthin tauglich geblieben. Da davon ausgegangen werden muß, daß der Vermieter die Halle einem anderen potentiellen Nachfrager hätte überlassen können, wenn sie nicht der Mieter für sich reserviert hätte, hat der Mieter die trotz des Unfalls von Marikka Röck weiterhin sinnvoll verwertbare Leistungskapazität fehlgeleitet. Er hat somit die Folgen der Sekundärzweckstörung auf sich zu nehmen, unabhängig davon, ob der Mindestmietzins im üblichen Rahmen lag. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, daß auch andere potentielle Nachfrager einen über dem normalen Entgelt liegenden Mietzins bewilligt hätten. Daran ändert auch die partiarische Gewinnabrede nichts, durch die sich der Vermieter an dem Risiko nutzbringender Verwendung der Halle beteiligte; denn diese partiarische Risikobeteiligung erstreckt sich gerade nicht auf den Mindestmietzins.³⁴⁸

Vom Veranlassungsprinzip her läßt sich auch der bekannte „Kirchenportal“-Fall systemgerecht und einleuchtend lösen, in dem ein Steinmetz den Auftrag übernommen hatte, für eine Kirche ein ganz ihrer Eigenart angepaßtes Portal anzufertigen. Das Portal konnte jedoch nicht angebracht werden, da noch vor seiner Fertigstellung die Kirche infolge Einwirkung von höherer Gewalt zerstört wurde und ihr Wiederaufbau ausgeschlossen war.

Larenz³⁴⁹ rechnet diese Sekundärzweckstörung partiell dem Steinmetz zu. Die Kirche sei zwar nicht Leistungssubstrat, aber ihr Vorhandensein sei doch als objektive Grundlage sinngemäß im Vertrag vorausgesetzt. In einem solchen „gleichsam äußersten Fall“ empfinde man die Sinnlosigkeit der Vertragsbindung als so stark, daß sie nicht mehr als gerechtfertigt erscheine. Der Steinmetz könne daher lediglich Aufwendungsersatz verlangen. Köhler³⁵⁰ spricht dem Steinmetz analog § 645 I BGB einen Anspruch auf eine Vergütung entsprechend der bisher geleisteten Arbeit zu; denn es mache keinen Unterschied, ob das Werk wegen Wegfall des Leistungssubstrates objektiv nicht vollendet werden könne oder ob es nur objektiv sinnlos sei, die Arbeit fortzusetzen. Flume³⁵¹ hingegen beläßt das Risiko der Sekundärzweckstörung beim Besteller. Der Unternehmer trage das Risiko der Verwendungsmöglichkeit nur bei typisch mit

³⁴⁴ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 176 ff, 211.

³⁴⁵ Flume, AT, S. 512; im Ergebnis ebenso Goltz, Motivirrtum aaO, S. 248.

³⁴⁶ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 166 f.

³⁴⁷ Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 176 ff, 211.

³⁴⁸ Vgl. auch BGH, GRUR 74, 40 ff.

³⁴⁹ Larenz, GG, S. 99 f; ebenso Wollny, GG aaO, S. 351.

³⁵⁰ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 170 f.

³⁵¹ Flume, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd. I, S. 224, 225 f; ebenso Goltz, Motivirrtum aaO, S. 249 f; Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 219 für den Fall, daß die Kirche abbrennt. Bei Einwirkung höherer Gewalt weist Beuthien (aaO, S. 211 f) hingegen das Risiko dem Steinmetz zu.

Risiko behafteten Verträgen, zu denen sicher nicht der Werkvertrag über die Anfertigung eines Kirchenportals gehöre.

Im Ergebnis ist der Ansicht Flumes zu folgen. Keine der Parteien besitzt hier einen Absorptionsvorsprung, da die Störung unvorhersehbar war; keine der Parteien konnte ihr deshalb auch begegnen. In die Waagschale fällt daher allein die Tatsache, daß der Besteller nicht nur sinnlos gewordenen Sach- und Arbeitsaufwand verursacht, sondern auch die Leistungskapazität des Unternehmers fehlgeleitet hat, weil nicht ausgeschlossen werden kann, daß dem Schuldner durch die Bindung seiner Leistungskraft andere Aufträge entgangen sind. Diese Gefahr hätte der Besteller auch selbst in Kauf nehmen müssen, wenn er versucht hätte, mit eigenen Kräften die arbeitsteilig ausgegliederte Leistung zu erbringen. Es ist deshalb völlig gleichgültig, daß der Vertrag dem Besteller keinen Nutzen bringt und die Leistung durch Zerstörung der Kirche sinnlos geworden ist.³⁵² Die versprochene Gegenleistung jedenfalls wird für den Unternehmer, der auf sie vertraut hat und mit ihr den Einsatz seiner Leistungskapazität zu decken hat, keineswegs sinnlos. Diesem Einsatz trägt denn auch nur eine Risikoverteilung Rechnung, die den mißglückten³⁵³ § 645 I BGB überspielt und dem Besteller das volle Risiko auferlegt. Dem Besteller bleibt somit nur der Ausweg, sich gemäß § 649 BGB vom Vertrag zu lösen und zu hoffen, daß der Unternehmer seine Leistungskapazität werde anderweit verwerten können.

Auf der Grenze liegt der „*Inserat*“-Fall,³⁵⁴ der in der Zeit des ersten Weltkrieges spielt. Ein Schuhproduzent hatte ein Zeitungsunternehmen beauftragt, für die Dauer von zwei Jahren in gleichen Abständen bestimmte Werbeanzeigen zu drucken und mit der Zeitung zu verbreiten. Im Rahmen von kriegswirtschaftlichen Bewirtschaftungsmaßnahmen wurde einige Zeit darauf der Vertrieb von Schuhen neu organisiert. Die Schuhfabriken sollten die von ihnen hergestellten Waren an eine Schuhwarenvertriebsgenossenschaft abliefern, die sie dann den einzelnen Händlern zuteilte. Die Inserate waren durch diese hoheitliche Anordnung sinnlos geworden.

Das OLG Frankfurt entließ den Hersteller aus der Vergütungspflicht, da der dem Verleger deutlich erkennbare Reklamezweck infolge der kriegsbedingten Umwälzung der Verhältnisse im Schuhvertrieb nicht mehr erreicht werden könne. Beuthien³⁵⁵ hingegen läßt den Vergütungsanspruch fortbestehen, da das Vertriebsverbot zum Geschäftsrisiko des Warenherstellers gehöre.

Der Ansicht Beuthiens ist im Ergebnis zu folgen, selbst wenn die Neuordnung der Vertriebsverhältnisse für den Schuhproduzenten außerhalb aller Wahrscheinlichkeit gelegen sein sollte. Freilich genügt es nicht, sich zur Begründung dieses Ergebnisses einfach darauf zu berufen, die Zerschlagung der eigenen Vertriebsorganisation gehöre zum Geschäftsrisiko des Unternehmers. Dazu ist der Begriff des „Geschäftsrisikos“ zu unbestimmt. Mit dem gleichen Recht könnte man nämlich auch behaupten, das hoheitliche Tanzverbot, das den Tanzbetrieb im ganzen Land lahmlegt, gehöre zum „Geschäftsrisiko“ des Pächters eines Tanzlokals.

Ausschlaggebend ist vielmehr, daß das konkrete Ereignis in den Kreis der *heterogenen* Sekundärzweckstörungen fällt. Zwar braucht der Verleger einer Zeitung, die keinen festen Inseratteil besitzt, kein ihm angebotenes Inserat wegen Platzmangels zurückzuweisen,³⁵⁶ da er

³⁵² Es wird hier nicht verkannt, daß mit der Ausblendung der Auswirkungen, die die Sekundärzweckstörung auf den Besteller hat, der Problembereich verkürzt wird. Das läßt sich jedoch nicht umgehen, wenn man eine allgemeine Interessenabwägung verhindern will.

³⁵³ Siehe oben S. 294 ff.

³⁵⁴ OLG Frankfurt, JW 1919, 940.

³⁵⁵ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 218; ebenso *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 170, der von seiner Prämisse (aaO, S. 154) aus einen Wegfall der Geschäftsgrundlage bejahen mußte; *Soergel-Ballerstedt*, BGB, vor § 631 Anm. 36.

³⁵⁶ Beispielsweise die Kosten der Druckvorbereitung oder die Notwendigkeit, zur Aufnahme weiterer Inserate die redaktionellen Beiträge zu kürzen.

den redaktionellen Teil jederzeit verkleinern kann. Von daher erscheint eine Fehlleitung von Leistungskapazität nahezu ausgeschlossen. Dies allein reicht jedoch nicht aus, um dem Schuhproduzenten das Sekundärzweckstörungsrisiko abzunehmen; denn es steht fest, daß der Schuldner zumindest einen Organisationsaufwand veranlaßt hat. Ferner ist zu berücksichtigen, daß durch eine Entlastung des Schuhproduzenten Abwicklungskosten entstehen, die nicht angefallen wären, wenn das Zeitungsunternehmen nur mit Nachfragern kontrahiert hätte, bei denen dieses eng mit den individuellen Verhältnissen des Schuhproduzenten verbundene Risiko nicht existiert. Der Vertrag kann nämlich nicht einfach auf der Basis des vereinbarten Preises in der Form abgewickelt werden, daß der Schuhproduzent nur einen der Zahl der bisher erschienenen Anzeigen entsprechenden Betrag zu zahlen hat. Es muß nämlich auch berücksichtigt werden, daß mit dem langfristigen Anzeigenvertrag erhebliche Preiszugeständnisse verbunden gewesen sein dürften, die dem Schuhproduzenten nicht zugute kommen dürfen, wenn er nur einen Teil der in Auftrag gegebenen Inserate vergüten soll. Es muß also ein Preis ermittelt werden, der dem Wert der bisher erschienenen Anzeigen entspricht. Hierüber können erhebliche, kostenverursachende Auseinandersetzungen entstehen, in die der Zeitungsunternehmer nicht verwickelt worden wäre, falls er ausschließlich mit Inseratkunden kontrahiert hätte, die mit den versprochenen Anzeigen ihr Bedürfnis hätten reibungslos befriedigen können. Diese Kosten mögen im Einzelfall verhältnismäßig gering sein. Sie im einzelnen aufzuschlüsseln und dem Schuhproduzenten zuzuweisen, verbietet jedoch der Gedanke der Vertragstreue und das Ziel einer möglichst praktikablen Risikoverteilungsordnung, die immer dort zu einer generalisierenden Fassung³⁵⁷ des Veranlassungsprinzips führt, wo der Gläubiger die Gefahr von Aufwendungen verursacht haben kann,^{357a} die im Austausch mit anderen Nachfragern nicht nutzlos geworden oder gar nicht erst entstanden wären.

3. Zusammenfassung

Der Gläubiger hat demnach – unter dem Vorbehalt einer direkten oder analogen Anwendung des § 649 BGB³⁵⁸ – die Gefahr einer Vereitelung der geplanten Verwendung zu tragen, wenn er dieses Risiko besser zu steuern oder auch nur einzukalkulieren vermochte. Bei Sekundärzweckstörungen, bei denen die Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten beider Parteien ausgewogen sind, hat man gleichfalls das Risiko aufgrund einer Generalisierung des Veranlassungsgedankens beim Gläubiger zu belassen, sofern die Störung nur seine individuelle Verwendungsplanung zu nichte machte, – also die Leistungskapazität des Schuldners sinnvoll zur Deckung des Bedarfs anderer potentieller Nachfrager hätte eingesetzt werden können.

³⁵⁷ Kann im Einzelfall ohne eingehende, konkrete Kostenanalyse gesagt werden, daß für die bislang noch nicht erschienenen Anzeigen offensichtlich kein Aufwand angefallen ist und läßt sich der Wert der bisher erschienenen Anzeigen problemlos ermitteln, so ist dem Anzeigenkunden ein Abrücken vom Vertrag zu gestatten; denn unter diesen Umständen hat der Besteller kein Risiko sinnlos werdenden Aufwandes veranlaßt, der ihm generalisierend in Höhe des vereinbarten Preises zugerechnet werden könnte.

^{357a} Siehe S. 311 ff.

³⁵⁸ Siehe unten S. 363 ff.

II. Die Zurechnung des Sekundärzweckstörungsrisikos an den Schuldner

1. Homogene Sekundärzweck- und Äquivalenzstörungen, die von beiden Parteien gleich gut beherrscht bzw. aufgefangen werden können

Eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß der Gläubiger die Gefahr der Verwendbarkeit der Leistung auf sich zu nehmen hat, ist dort sachgerecht, wo die Störung sowohl der Verwendungsplanung als auch der subjektiven Äquivalenzentscheidung *aller* bei Vertragsschluß in Betracht kommenden Nachfrager den Boden entzieht.

- a) Das Kriterium der homogenen Verwendungsstörung
- aa) Fehlen der Veranlassung

In diesen Fällen hat der Gläubiger *mit Sicherheit* keine Leistungskapazität fehlgeleitet, die für einen der potentiellen Nachfrager ein Entgelt gerechtfertigt hätte. Wird nämlich die Verwendungsplanung aller potentiellen Nachfrager durchkreuzt, erweist sich – mit anderen Worten – die Leistung als nutzlos, mit welchem der potentiellen Nachfrager der Schuldner auch immer kontrahiert hätte, so zeigt sich, daß die Leistungskapazität des Schuldners von vornherein völlig wertlos war. Der Gläubiger konnte daher auch nicht mit dem Vertragsschluß den Fehleinsatz einer nutzbringenden und aus diesem Grunde entgeltwürdigen Leistungskapazität veranlassen. Von diesem Ausgangspunkt aus erscheint es als angemessen, den Gläubiger aus seinem Versprechen zu entlassen und das Schwergewicht auf die subjektive Äquivalenzstörung zu legen, die sich beim Gläubiger realisiert, der die Leistung nicht wie geplant zu verwenden imstande ist. Die Sachgerechtigkeit einer Befreiung des Gläubigers von homogenen Verwendungsgefahren läßt sich anhand einiger der Rechtsprechung entnommenen Entscheidungen verdeutlichen.

Am einleuchtendsten zeigt sich das Merkmal „mangelnde Veranlassung“ in den Fällen, in denen die Leistung *nur zu einem* bestimmten Zwecke eingesetzt werden kann, der durch eine unvorhersehbar³⁵⁹ „von außen“ kommende Störung frustriert wird. Gleiches gilt, wenn die Störung die Realisierung aller in Betracht kommenden Zwecke unmöglich macht. Als Beispiel ist hier der „Benzintankanlagen“-Fall³⁶⁰ zu nennen.³⁶¹

Der Mieter hatte eine Benzintankanlage nebst Kellerräumen gemietet. Während des ersten Weltkrieges konnte er von der Tankanlage infolge der behördlichen Beschlagnahme der Treibstoffe sowie „infolge des Verschwindens von Benzin aus dem Handel“ keinen Gebrauch machen. Er verlangte daher Erlaß des auf die Benzintankanlage entfallenden Teils des Mietzinses.

³⁵⁹ Zur Bedeutung dieses Kriteriums näher unten S. 328 ff.

³⁶⁰ RGZ 94, 267.

³⁶¹ Vgl. auch RGZ 141, 212 „Makogarn“. In diesem Fall ging es um die Verwendbarkeit der Gegenleistung „englische Pfund“, die vereinbarungsgemäß vom Schuldner in Mark zum Tageskurs ausbezahlt werden sollte.

Hier kommt für die Benzintankanlage *nur ein* Verwendungszweck in Frage, nämlich die Aufbewahrung und Verteilung von Benzin in kleinen Mengen. Dieser Zweck konnte nicht mehr erreicht werden, als sich der Mieter nicht mehr mit Benzin einzudecken vermochte. Das RG hat deshalb zu Recht den Mieter als Sachleistungsgläubiger unter Hinweis darauf, daß die Störung in keiner Weise mit seiner Person zusammenhänge, vom Verwendungsrisiko und damit von der Pflicht zur Zahlung des Mietzinses befreit.

In der Regel trifft die Störung aber nicht *alle nur denkbaren Verwendungsmöglichkeiten*. Gleichwohl werden häufig alle potentiellen Nachfrager nur an einer bestimmten Verwendungsmöglichkeit interessiert sein. Die Ursache dafür liegt meist darin, daß eine bestimmte Nutzungsmöglichkeit von gewissen Nachfragern besonders hoch bewertet wird, die deshalb bereit sind, hierfür besonders hohe Entgelte zu bieten. Die anderen Nachfrager, die nur einen vergleichsweise geringeren Nutzen aus der Leistung ziehen können und deshalb auch mit dem hohen Vergütungsversprechen nicht konkurrieren wollen, scheiden somit aus dem Kreis der potentiellen Nachfrager aus, mit denen der Schuldner unter den bei Vertragsschluß gegebenen Umständen und Prognosen zu kontrahieren willens gewesen wäre. Man hat daher den Kreis der für das Urteil über die Homogenität der Sekundärzweckstörung relevanten potentiellen Nachfrager in erster Linie anhand der Preisvorstellungen des Schuldners abzustecken.

Das illustriert zunächst der „Tanzverbot“-Fall:³⁶² 1913 verpachtete der Beklagte sein in Halensee liegendes „Restaurations-Etablissement „Kaiser-Wilhelm-Garten“ auf fünf Jahre an den Kläger. Die Pachträume hatten nicht nur während der Pachtzeit des Klägers, sondern auch schon die 30 Jahre vor dem Vertragsschluß ausschließlich oder doch vorwiegend dem Tanzbetrieb gedient. 1914 wurde die Veranstaltung öffentlicher Tänze polizeilich untersagt. Der Kläger erlitt dadurch einen erheblichen Einnahmeausfall. Die langjährige Nutzung der Pachträume zu öffentlichen Tanzveranstaltungen hatte – wie das RG³⁶³ zutreffend hervorhob – einen besonderen „good will“ entstehen lassen. Dieser „good will“ wird natürlich den Pachtzins so in die Höhe getrieben haben, daß nur eine weitere Verwendung der Pachträume als Tanzlokal rentabel erscheinen mußte. Damit schieden alle Interessenten aus dem Kreis der potentiellen Nachfrager aus, die in den Pachträumen ein Ausflugsrestaurant etc. hätten betreiben wollen³⁶⁴ und sich erst wieder einen neuen „good will“ hätten aufbauen müssen. Diese Nachfrager hätten sich nämlich mit Sicherheit nicht bereitgefunden, den am „good will“ für ein Tanzlokal orientierten Pachtzins zu bezahlen.

Das Tanzverbot hat mithin eine homogene Sekundärzweckstörung verursacht,

³⁶² RGZ 87, 277; die gleiche Konstellation liegt den Entscheidungen RGZ 89, 203 ff; RG, SeuffArch 73 Nr. 223, zugrunde. Zutreffend RG, WarnR 1918 Nr. 29 in einem Fall, in dem kein besonderer „good will“ existierte.

³⁶³ RGZ 87, 280 f.

³⁶⁴ Hierauf legt auch Goltz, Motivirrtum aaO, S. 247 das entscheidende Gewicht.

die eine Fehlleitung der Leistungskapazität des Verpächters in dem Sinne ausschloß, daß der Einsatz zugunsten anderer Nachfrager den vollen erwarteten Nutzen gebracht hätte. Das RG hat daher dem Pächter zutreffend ein Recht auf Minderung des Pachtzinses zugesprochen.³⁶⁵ Dadurch kann der Pachtzins auf einen Betrag gesenkt werden, den Nachfrager, die in den Pachträumen nicht gerade ein Tanzlokal hätten betreiben wollen, zu bewilligen bereit gewesen wären; denn zu diesem niedrigeren Entgelt wäre der Kreis der potentiellen Nachfrager bedeutend weiter, die Sekundärzweckstörung also nicht homogen gewesen.

Hierher gehört auch der berühmte „*Krönungszug*“-Fall, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag:^{365a}

Der Vermieter hatte seine Wohnung für den Tag vermietet, an dem der Krönungszug Edwards VII. stattfinden sollte, dessen Weg an der Wohnung vorbeiführte. Der Mietpreis war entsprechend den Aussichtsöglichkeiten, die die Wohnung bot, exorbitant hoch bemessen worden. Der Mieter wollte die Fensterplätze der Wohnung weitervermieten. Dazu kam es jedoch nicht, da der Krönungszug ausfiel.

Auch hier sind an sich eine Reihe anderer Verwendungsmöglichkeiten der Wohnung denkbar, selbst wenn man davon ausgeht, daß der Vermieter sie immer nur auf einen Tag vermietet hätte. Beuthien³⁶⁶ weist beispielsweise darauf hin, daß ein Photograph bei einem Ausfall des Krönungszuges die Wohnung hätte nutzen können, um das reizvolle Straßenbild aufzunehmen.

Diese Nutzungsmöglichkeit kann indessen außer acht gelassen werden. In Anbetracht der für die kurze Mietzeit geforderten Preise kamen nämlich als potentielle Nachfrager nur Personen in Betracht, die den Krönungszug selbst sehen oder die Aussichtsgelegenheit weiter verwerten wollten. Mit dem Ausfall des Krönungszuges wurde der Zweck, den alle potentiellen Nachfrager mit der Anmietung der Wohnung verfolgten, d.h. die Befriedigung eigener oder fremder Schaulust, frustriert. Der Vermieter hätte also mit seiner Leistung das Bedürfnis keines der potentiellen Nachfrager nach einer zwecktauglichen Wertzufuhr befriedigen können. Unterstellt man, daß das Ereignis, das zur Absage des Krönungszuges führte, auch unvorhersehbar³⁶⁷ war, so ist demnach der Gläubiger von der Vergütungspflicht zu befreien, weil er mit Sicherheit den Schuldner nicht veranlaßt hat, auf eine anderweitige, nutzbringende Verwertung des Mietobjektes zu verzichten.³⁶⁸

³⁶⁵ Im Ergebnis ebenso *Larenz*, GG, S. 99; *Flume*, AT, S. 511; *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 178, 211; *Goltz*, Motivirtum aaO, S. 247.

^{365a} Siehe hierzu auch oben S. 35 f.

³⁶⁶ Beispiel von *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 146.

³⁶⁷ Zur Bedeutung dieses Kriteriums näher unten S. 328 ff.

³⁶⁸ Will der Photograph in dem von Beuthien konstruierten Beispiel das angemietete Zimmer hilfsweise zum Photographieren des Straßenbildes nutzen, so hat ihm dies der Vermieter zu gestatten, falls er bereit ist, das vereinbarte Entgelt zu entrichten. Zu den Rechtsfolgen einer homogenen Verwendungsstörung siehe unten S. 361 ff.

bb) Auseinandersetzung mit den in der Literatur vorgetragenen Entscheidungskriterien

Für die Risikoentlastung des Gläubigers kommt es also nicht lediglich darauf an, daß der Schuldner im Einzelfall die Gegenleistung mit Rücksicht auf den individuellen Verwendungszweck des Nachfragers festgesetzt³⁶⁹ und sich damit möglicherweise diesen Verwendungszweck zu *eigen gemacht*³⁷⁰ hat; denn die Vergütung wird immer in Hinblick auf die dem Nachfrager offenstehenden Verwendungsmöglichkeiten, auf denen die Knappheit der Leistung beruht, bemessen, ohne daß dies die Vertragsbindung erschüttern dürfte. Das beweist der Fall, daß ein Produzent Selbstbedienungsgroßhändlern und Großhändlern alten Stils mit Rücksicht auf die unterschiedliche Art, die Waren abzusetzen, differenzierende Preise berechnet.³⁷¹ Der Großhändler, dessen Betrieb infolge einer unvorhersehbaren Erhöhung der Tarife unrentabel wird, kann sich sicherlich nicht darauf berufen, er könne den von den Parteien vorausgesetzten Zweck nicht mehr erreichen,³⁷² obwohl die Preise auf die lohnintensive Art seiner Tätigkeit zugeschnitten waren. Entscheidend ist eben nicht, daß gerade der konkrete Vertragspartner den Verwendungszweck, der bei der Festsetzung des Entgelts eine Rolle gespielt hat, wider Erwarten nicht erreichen kann, sondern daß *alle* potentiellen Nachfrager dazu nicht in der Lage sind.

Zu undifferenziert³⁷³ ist auch die hier von Köhler³⁷⁴ als maßgeblich bezeichnete Formel, der Schuldner, der aus einem bestimmten Umstand einen Nutzen ziehe, habe auch das mit diesem Umstand verbundene Risiko zu tragen. Mit dieser Formel werden nämlich auch Fälle heterogener Sekundärzweckstörungen erfaßt, in denen die Leistung nur für einen Teil der Nachfrager als Mittel zur planungsgerechten Bedarfsdeckung untauglich wird. Köhler^{375/77} weist deshalb zu Unrecht dem Transportunternehmer, der zu ermäßigten Preisen einen Charterflug zur „Fußballweltmeisterschaft“ organisiert hat, das Verwendungsrisiko zu, wenn der Flug für die Reiseteilnehmer uninteressant wird, weil das Spiel wegen einer Naturkatastrophe abgesagt wird; denn er übersieht, daß die Reiseteilnehmer mit ihrer Buchung Leistungskapazität des Reiseunternehmers für ihre individuellen Ziele gebunden haben, die auch für andere Zwecke wie Urlaubsreisen hätte eingesetzt werden können, die von dem Ausfall der „Weltmeisterschaft“ nicht tangiert worden wären.

Dagegen darf man nicht einwenden, nicht die Nachfrager hätten hier die Fehlleistung von Leistungskapazität veranlaßt, sondern der Unternehmer, der die Sonder-

³⁶⁹ So aber *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 186, 211, der daran den Wegfall der Gegenleistungspflicht knüpft, wenn darüber hinaus die Vereitelung des Verwendungszweckes auf einer beiderseits risikoneutralen Störung beruht. Ähnlich *Rothoeft*, System aaO, S. 228.

³⁷⁰ *Larenz*, GG, S. 105.

³⁷¹ Dies geschieht auch bei Fachhandelsrabatten. Siehe den vom LG Hamburg, WuW/E LG/AG, S. 369 ff geschilderten Sachverhalt.

³⁷² Vgl. auch *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 126 ff.

³⁷³ Zur Kritik dieser These siehe oben S. 71.

³⁷⁴ *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 154.

^{375/77} *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 128.

reise organisiert und für sie geworben habe. Allein die Ankündigung der Reise läßt den Unternehmer nicht als Veranlasser erscheinen. Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Bedarf der Nachfrager bei der Ankündigung der Reise schon vorhanden war oder erst durch Werbung geschaffen wurde. Dem im Rahmen der Beweiserhebung nachzugehen, verbietet nicht nur die damit verbundene beweisrechtliche Problematik. Entscheidend ist nämlich, daß der Bedarf der Reiseteilnehmer in dem Moment vorhanden war, als sie sich entschlossen, zum Reiseunternehmer in vertragliche Beziehungen zu treten und daß sie dadurch Aufwendungen verursacht sowie Leistungskapazität des Unternehmers an sich gebunden haben.

Das mag zweifelhaft sein, wenn der Unternehmer die für die Erfüllung des Vertrages wesentliche Leistungskapazität schon bei Ankündigung der Reise gebunden hatte, also beispielsweise bereits ein Flugzeug zum Zielort mit einer Fixierung der Einsatzmöglichkeiten gechartert hatte. Davon darf man in diesem Fall jedoch nicht ausgehen; denn normalerweise wird der Unternehmer nicht schon bei Ankündigung eines Charterfluges seine Transportkapazität so festgelegt haben, daß er sie nicht mehr anderweit einsetzen könnte, wenn seine Offerte gänzlich ins Leere ginge. Er wird seine Transportkapazität vielmehr erst dann für die Erfüllung des Vertrages reservieren und sich damit der Chance begeben, sie rechtzeitig³⁷⁸ zur Erfüllung anderer Bedürfnisse einzusetzen, sobald Buchungen eingehen. Das gilt erst recht dort, wo sich der Unternehmer Transportkapazität erst besorgt, nachdem eine gewisse Anzahl von Buchungen eingegangen ist.³⁷⁹ Allerdings werden die von dem einzelnen Teilnehmer am Charterflug veranlaßten, ex post sinnlosen Aufwendungen um so geringer sein, je später der jeweilige Teilnehmer sich zur Buchung entschließt, da wesentliche Leistungskapazitäten, die für die Erbringung eines Bündels von Leistungen notwendig sind, bereits im Interesse anderer Kunden gebunden sind. Immerhin veranlaßt aber auch der Kunde, der die letzten freien Plätze in dem Flugzeug belegt, noch sinnlos werdenden Organisationsaufwand. Im übrigen wäre es unpraktikabel, wollte man zum Zwecke der Risikoverteilung verlangen, daß ermittelt werden muß, wann und für welche Kunden der Unternehmer die wesentlichen Teile seiner für die Erfüllung der Verträge benötigten Leistungskapazität reser-

³⁷⁸ Kann der Unternehmer später die Transportkapazität noch gewinnbringend einsetzen, so kommt dies natürlich den Reiseteilnehmern zugute (Rechtsgedanke der §§ 324 I 2, 649 S. 2 BGB).

³⁷⁹ Dieser Fall legt den Einwand nahe, auf der Basis einer am Veranlassungsprinzip orientierten Risikoverteilung werde derjenige Schuldner benachteiligt, der die für die Erfüllung seines Angebotes notwendigen Hilfsmittel schon in dem Moment bereitstelle, in dem er der Öffentlichkeit ein Angebot unterbreite. Das ist aber durchaus sinnvoll, da so auf den Unternehmer Druck ausgeübt wird, sich nicht vorschnell Mittel zu beschaffen, die anderweit sinnvoll hätten eingesetzt werden können. Zum anderen können die in Hinblick auf die allgemeine Nachfrage getätigten Investitionen keinem bestimmten Nachfrager zugerechnet werden. Hat der individuelle Gläubiger aber den Schuldner zu Fehlleitung von Investitionen bewegt, so ist der Schuldner nicht nur schutzwürdig, sondern es kann auch konkreten Nachfragern, die ein Leistungsversprechen abgegeben haben, die Pflicht auferlegt werden, den Schuldner vor Verlusten zu bewahren.

viert hat und sich der Chance begeben hat, sie für andere Ziele einzusetzen, die reibungslos hätten erreicht werden können. In derartigen Fällen, in denen die Leistungskapazität des Schuldners dazu dient, *eine Gruppe* gleichartiger Bedürfnisse zu befriedigen, hat deshalb die Risikozuordnung *einheitlich* danach zu erfolgen, ob ein wesentlicher Teil der Kunden zur Erbringung der Leistung Aufwendungen veranlaßt und die Bindung von Leistungskapazität verursacht hat, mit deren Hilfe der Bedarf anderer potentieller Kunden des Unternehmers hätte gedeckt werden können, falls die Kunden die vom Unternehmer angebotene Leistung nicht nachgefragt hätten. Bei *heterogenen* Störungen haben somit immer die Kunden das Verwendungsrisiko zu tragen. Nur bei homogenen Sekundärzweckstörungen, z. B. in Fällen, in denen die Reise nicht angetreten werden konnte, weil die zum Reisen notwendigen Devisen gesperrt werden, ist das Risiko dem Unternehmer anzulasten.

Aus der Sicht des Veranlassungsprinzips kommen auch im „*Lastenausgleichs*“-Fall die maßgeblichen Lösungsgesichtspunkte sofort ins Blickfeld. Zwischen den Parteien war ein Kaufvertrag über ein Grundstück geschlossen worden. Darin verpflichtete sich der Käufer u. a., den gesamten Lastenausgleich des Verkäufers zu übernehmen. Die Höhe dieser Belastung beziffernten die Parteien nach überschlägiger Berechnung auf ca. 70 000 bis 80 000 DM. Der Käufer behauptete später, daß die Gesamtbelastung in Wahrheit wesentlich höher als die bei Vertragsschluß erwartete Belastung liege und forderte daher einen Ausgleich. Das Ausmaß der unvorhergesehenen Erhöhung der Lastenausgleichsschuld blieb in der Revisionsinstanz ungeklärt.

Der BGH³⁸⁰ hielt einen nachträglichen Ausgleichsanspruch wegen einer grundlegenden Veränderung des Gleichgewichts von Leistung und Gegenleistung jedenfalls dann für angemessen, wenn die Diskrepanz zwischen der geschätzten und der wahren Belastung sehr gravierend sei. Der BGH setzte mithin ausschließlich bei dem Ausmaß der subjektiven Äquivalenzstörung an. Es ist jedoch nicht nur die Äquivalenzentscheidung, sondern auch die Verwendungsplanung gestört.³⁸¹ Das zeigt sich ganz deutlich in den Fällen, in denen der Käufer das Grundstück nur behalten kann, wenn er ein zusätzliches Vermögensopfer erbringt, mit dem er nicht gerechnet hatte. Diese Konstellation konnte in der Inflationszeit nach dem 1. Weltkrieg auftauchen. Hatte der Käufer die auf dem Grundstück liegenden Hypotheken übernommen, die er mit Inflationsgeld zu löschen gedachte, so wurde seine Verwendungsplanung durch das Aufwertungsgesetz in Frage gestellt, das gelöschte Hypotheken wieder aufleben ließ bzw. die Hypothekenlast auf stabiles Geld umstellte.³⁸² Wenn er die Grundstücke nicht in der Zwangsvollstreckung verlieren wollte, mußte er neben der eingeplanten Vergütung zusätzliche Geldmittel einsetzen. Das störende Ereignis schmälerte somit zwar nicht unmittelbar die Tauglichkeit des Grundstückes, das individuelle Bedürfnis zu befriedigen. Es lag aber deswegen nicht außerhalb der Verwendungsplanung; denn zur Verwendungsplanung gehört es auch, daß das gesteckte Ziel mit einem bestimmten Aufwand erreicht werden kann. Es ist deshalb gleichgül-

³⁸⁰ BGH, WM 68, 1010.

³⁸¹ Es liegt hier nahe, an eine Leistungerschwerung zu denken, weil mehr aufgewendet werden muß als eingeplant worden war. Da der Sachleistungsgläubiger von der Störung betroffen wird, während der Verkäufer seine Leistung, so wie geplant, erbringen kann, ist diese Fallgruppe zu den Sekundärzweckstörungen zu zählen. Diese Einordnung ist von wesentlicher Bedeutung für das Ausmaß der Risikobelastung, da der Veranlassungsgedanke dazu führt, daß der Gläubiger bei Zweckstörungen höhere Risiken als der Schuldner zu tragen hat.

³⁸² RGZ 133, 65; weit. Nachweise bei *Standinger-Weber*, BGB, § 242 Anm. E/440.

tig, ob die aus der Transaktion resultierenden zusätzlichen Lasten das geleistete Objekt selbst bedrohen oder den Nachfrager unmittelbar treffen.³⁸³

In aller Regel werden natürlich Störungen der Verwendungsplanung, die auf der Notwendigkeit zusätzlichen Aufwandes beruhen, entsprechend den unterschiedlichen Verhältnissen und Planungen der Nachfrager heterogenen Charakter aufweisen und somit allein dem Gläubiger zuzurechnen sein.

In dem eingangs genannten Fall handelt es sich jedoch um eine homogene Verwendungs- zweckstörung, die alle potentiellen Nachfrager gleichermaßen traf, wenn man von den Zahlen ausgeht, die das Berufungsgericht zugrunde gelegt hatte.^{383a} Danach hatte der Ansicht der Parteien zufolge der Wert des Grundstückes den vereinbarten Kaufpreis von ca. 150 000 DM zuzüglich der Lastenausgleichsabgaben betragen, die auf ca. 70 000.– bis 80 000.– DM geschätzt wurden. Die Parteien gingen mithin davon aus, daß der Käufer DM 230 000.– aufzuwenden habe, um das Grundstück nutzen zu können, während es in Wirklichkeit, wie sich später herausstellte, DM 300 000.– waren. Unterstellt man, daß der gemeine Wert des Grundstückes bei DM 230 000.– lag, so kann angesichts der Größenordnung dieser Diskrepanz zwischen den geplanten und wahren Aufwendungen ohne weiteres davon ausgegangen werden, daß kein anderer potentieller Nachfrager bereit gewesen wäre, diesen Betrag für das Grundstück aufzuwenden; denn es ist doch äußerst unwahrscheinlich, daß irgendein potentieller Nachfrager willens gewesen wären, ein über 30% höheres Entgelt aufzuwenden, selbst wenn man berücksichtigt, daß auf dem Grundstücksmarkt die Nachfrageverhältnisse nicht immer sonderlich transparent sind. Das Risiko der Fehlbewertung der Lastenausgleichsabgaben hat demnach der Verkäufer zu tragen, sofern die spätere Lastenausgleichsgesetzgebung außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag.

Einen typischen Fall einer homogenen Sekundärzweckstörung stellt ferner der in der Literatur viel diskutierte „Messezimmer“-Fall³⁸⁴ dar:

In Hinblick auf eine geplante Messeveranstaltung fordert die Messeleitung die Einwohner einer Stadt auf, Privatzimmer für Messebesucher zur Verfügung zu stellen. Daraufhin vermieteten Privatleute sonst von ihnen selbst bewohnte Räume unter Vermittlung des Messebüros an Messegäste. Die Messe findet infolge eines unvorhersehbaren³⁸⁵ Ereignisses nicht statt.

Bei dieser Marktkonstellation kommen sicherlich nur Messegäste oder sonstige Gäste, die wegen der Messe auf Privatzimmer ausweichen müssen, als potentielle Nachfrager in Frage, ohne daß es relevant wäre, ob ohne die Messe gar kein Bedarf nach einer auf wenige Tage beschränkten Überlassung von Zimmern bestanden hätte, die Zimmer also ohne die Messe unvermietbar gewesen wären. Der Kreis der potentiellen Nachfrager wird nämlich in derartigen Fällen durch die Entscheidung des Vermieters bestimmt, gerade aus Anlaß der Messe sonst selbst bewohnte Privatzimmer zu vermieten. Sie mag auf gesellschaftlicher Scheu³⁸⁶ oder auf anderen Motiven beruhen. Ist der Vermieter, aus welchen Gründen auch immer, nur zur Vermietung an Messegäste bereit, so stellt der Ausfall eine homogene Sekundärzweckstörung dar.³⁸⁷ Die Homogenität fehlt natürlich bei der Vermietung von Hotelzimmern, da derartige Zimmer aus den vielfältigsten Anlässen gemietet werden. Kommt es bei der Vermietung von

³⁸³ Ein Irrtum über den Marktpreis der auszutauschenden Leistungen hat hingegen nie eine Verwendungs- zweckstörung zur Folge.

^{383a} Die Ausführungen des Berufungsgerichtes sind allerdings hier – wie der BGH zutreffend rügt – nicht ganz widerspruchsfrei.

³⁸⁴ Beispiel von *Larenz*, GG, S. 47.

³⁸⁵ Zur Bedeutung dieses Kriteriums näher unten S. 328 ff.

³⁸⁶ *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 189.

³⁸⁷ Ebenso im Ergebnis *Larenz*, GG, S. 47; *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 189, 217.

Hotelzimmern zu einer Sekundärzweckstörung, so liegt daher normalerweise eine typische Veranlassung einer Fehlleitung von Leistungskapazität vor.³⁸⁸

b) Unvorhersehbarkeit der Verwendungsstörung als Kriterium einer relevanten subjektiven Äquivalenzstörung

aa) Unvorhersehbarkeit

Für eine Risikoentlastung des Sach- bzw. Dienstleistungsgläubigers genügt es nun *nicht*, daß lediglich die tatsächliche Verwendung der Leistung durch ein Ereignis gestört wird, das *alle* potentiellen Nachfrager getroffen hätte. Als *Voraussetzung* für die Überwälzung des Risikos auf den Schuldner ist *ferner* zu fordern, daß die Störung *unvorhersehbar* gewesen ist.

Man muß nämlich bei der Risikoverteilung auch berücksichtigen, daß der Sach- bzw. Dienstleistungsgläubiger in gewissem Umfang die Möglichkeit besaß, bei der Bemessung seines Gegenleistungsangebotes durch einen Risikoabschlag der Gefahr einer Sekundärzweckstörung, die aus der neutralen Sphäre stammt, Rechnung zu tragen. Der Gläubiger wird als Nachfrager häufig einen Vertrag eingehen und die Leistung als Mittel zur Erreichung weiterer Zwecke einplanen, auch wenn er sich keineswegs sicher ist, daß die Leistung die ihr zugedachten Funktionen zu erfüllen vermag. Man denke nur an die Gewinnaussichten beim Aktienkauf. Die Unsicherheit der Zweckerreichung wird beim Erwerb nicht ignoriert. Sie wirkt sich zwar nicht bei der Verwendungsplanung, wohl aber bei der subjektiven Äquivalenzentscheidung aus, weil der Nachfrager nur ein der Unsicherheit entsprechendes Entgelt bewilligen wird. Realisiert sich das vorhergesehene Risiko, so wird dadurch der subjektiven Äquivalenzentscheidung nicht der Boden entzogen.³⁸⁹ Der Gläubiger hat nämlich die Chance zur Bedarfsdeckung erworben und erhalten. Sie wird freilich dort gestört, wo sich der Gläubiger eines konkreten Austauschvertrages des Risikos gar nicht bewußt geworden ist oder aber das Ausmaß der Gefahr für zu gering erachtet hat. Unter diesen Voraussetzungen macht sich jedoch die Äquivalenzstörung in der Regel als *Fehlleitung von Leistungskapazität* bemerkbar; denn bei *einem an sich vorhersehbaren Risiko kann davon ausgegangen werden*, daß dies von den *anderen* in Betracht kommenden Nachfragern in ihre Kalkulation aufgenommen worden wäre. Der Gläubiger, der selbst als Nachfrager die Gefahr nicht oder nicht ausreichend in sein Kalkül einbezogen hatte, sieht sich mithin lediglich mit einer heterogenen Äquivalenzstörung konfrontiert. Hätte nun der Schuldner an einen potentiellen Nachfrager geleistet, der das Risiko zutreffend bewertet hatte, so wäre dadurch der Austausch nicht gestört worden, da diesem Nachfrager ein Wert zugeflossen wäre, den er sich bei Vertragsschluß vorgestellt hatte. Die heterogene

³⁸⁸ Ebenso im Ergebnis *Larenz*, GG, S. 47; *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 188; OLG Braunschweig, NJW 76, 570f.

³⁸⁹ Vgl. *Philipp*, Risiko und Risikopolitik S. 64. Zutreffend *Rothoeft*, System aaO, S. 21, der freilich das Problem verkürzt, wenn er die Fälle, in denen das Risiko zu niedrig bewertet wurde, aus seinen Überlegungen ausklammert. *Larenz*, GG, S. 91 weicht hier ohne Not auf normative Äquivalenzüberlegungen aus.

Äquivalenzstörung zieht demnach eine Fehlleitung von Leistungskapazität durch denjenigen Gläubiger nach sich, der der vorhersehbaren Gefahr ungenügend Rechnung getragen hatte.

Hiergegen mag man einwenden, der das Risiko nicht überblickende Gläubiger habe als Nachfrager mit Sicherheit einen höheren Preis als andere potentielle Nachfrager geboten. Dieser Einwand ist jedoch nicht haltbar, da der Nachfrager, der die Gefahr nicht sieht, normalerweise keinerlei Anlaß hat, wesentlich mehr als den Marktpreis zu zahlen, der sich auf der Grundlage *bewußter* Risikokalkulation gebildet hat.

Bei besonderen Konstellationen kann es allerdings zweifelhaft sein, ob trotz der Vorhersehbarkeit des Risikos eine Fehlleitung von Leistungskapazität veranlaßt worden ist, ob also sowohl die Sekundärzweckstörung als auch die Äquivalenzstörung homogen ist. Dieser Zweifel taucht einmal in den Fällen auf, in denen das Risiko zwar vorhersehbar ist, aber von den Nachfragern üblicherweise übergangen wird. Ferner kann die Homogenität einer Äquivalenzstörung darauf beruhen, daß die Parteien sich nicht am Marktpreis orientieren konnten, weil die Leistung unüblich war und sie deshalb das Entgelt in gemeinsamer Abwägung der Risiken aushandelten. Für die Beachtlichkeit dieser Form von Sekundärzweckstörung spricht zwar, daß der Schuldner das vereinbarte Entgelt nicht hätte erzielen können, wenn die Vereitelung der geplanten Verwendung bei Vertragsschluß bekannt gewesen wäre. Würde man allein diesem Umstand Rechnung tragen, so würde man den Wert des Versprechens und der Praktikabilität der Risikoordnung zu stark vernachlässigen.

Der Ausgangspunkt für eine Entscheidung über die Risikoverteilung muß die Überlegung sein, daß bei vorhersehbaren, „von außen“ kommenden Sekundärzweckstörungsrisiken, über deren Wahrscheinlichkeit sich beide Parteien gleich gut informieren können, beide Teile in der Lage sind, das Risiko einzukalkulieren. Muß der Schuldner das Risiko tragen, so könnte er Kosten, die er mangels Vergütung nicht decken kann, auf andere Kunden abwälzen, deren Bedürfnisse er zu befriedigen imstande ist. Hat hingegen der Gläubiger das vorhersehbare Risiko auf sich zu nehmen, so könnte er das von ihm bewilligte Entgelt mindern, da der Nutzen, der aus der Leistung zu erwarten ist, gefährdet und daher insgesamt niedriger ist. Ob die Parteien ausreichende Risiko- bzw. abschläge einkalkulieren können, hängt freilich auch stark mit ihrer individuellen Risikobereitschaft sowie ihrer Fähigkeit zur Risikobewertung zusammen. Diese Faktoren gehören jedoch zu dem Bereich, der für die Lösung des Problems der Risikoverteilung irrelevant bleiben muß. Sofern nicht anerkannte sozialpolitische Gründe für einen Schutz des Schwächeren sprechen, hat im Rahmen von Austauschverhältnissen jede Partei den Nachteil auf sich zu nehmen, der ihr aus einer übergroßen Risikobereitschaft oder einer zu geringen Fähigkeit zur Risikobewertung erwächst. Die den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab tragenden Gesichtspunkte gelten auch hier.

Können beide Parteien das Risiko gleich gut einkalkulieren, so sollte man auch dort, wo keine Leistungskapazität fehlgeleitet worden ist, diejenige Variante der Risikoverteilung wählen, die am besten mit dem *Element des Versprechens* im Ein-

klang steht und eine möglichst praktikable Risikoverteilung gewährleistet. Von diesem Ansatz her hat man das Sekundärzweckstörungsrisiko dem Gläubiger zuzuweisen; denn diese Form der Risikozuweisung läßt die Geltung des Versprechens^{389 a} auch dann unberührt, wenn der Gläubiger seinen Bedarf nicht wie gewünscht zu decken vermag. Zugleich wird hierdurch vermieden, daß fallweise geprüft werden muß, ob andere – potentielle – Nachfrager das Risiko ausreichend einkalkuliert hätten, der Gläubiger also im konkreten Streitfall eine Fehlleitung von Leistungskapazität veranlaßt hat. Der Zwang zur Marktforschung würde mithin stark eingeschränkt werden. Schließlich läßt sich auf diese Weise verhindern, daß Kosten einer Rückabwicklung von Verträgen anfallen, die bei einer Risikobelastung des Schuldners immer dann entstehen würden, wenn eine oder beide Leistungen schon erbracht worden sind und die vom Gläubiger verfolgten Sekundärzwecke nicht erreicht werden können. Wenn nun bei dieser Form der Risikozuweisung der Schuldner dort, wo Nachfrager üblicherweise vorhersehbare Risiken ignorieren, Gewinne erzielt, die mit seiner Leistungsfähigkeit in keinerlei Zusammenhang stehen, so mag dies befremden. Diese Gewinne beruhen aber darauf, daß die Nachfrager die ihnen offenstehende Möglichkeit, das vorhersehbare Risiko bei der Bemessung des Entgeltes zu berücksichtigen, nicht hinreichend genutzt haben.³⁹⁰

bb) Ausnahme

Eine *Ausnahme* von der an der „Vorhersehbarkeit“ orientierten Risikoverteilung ist aber dann zuzulassen, wenn der Schuldner eine Leistung nur *privat und gelegentlich* erbringt. Diese Konstellation ist beispielsweise in den Krönungszug- und Messezimmer-Beispielen zu bejahen. In diesen Fällen ist das Risiko dem Schuldner unabhängig davon zuzuweisen, ob es vorhersehbar war. Als Voraussetzung für eine Risikobelastung des Schuldners ist nur zu fordern, daß die vorhersehbare Gefahr eines Ausfalles der Veranstaltungen sich offensichtlich nicht im Preis niedergeschlagen hat. Diese Einschränkung des Grundsatzes, daß der Gläubiger das Risiko vorhersehbarer Verwendungsstörungen auf sich zu nehmen hat, wird durch den Umstand gerechtfertigt, daß der Schuldner mit keinen Fixkosten zu rechnen hat, die er bei Verwendungsstörungen, die ihm zugerechnet werden, langfristig auf andere Kunden verteilen müßte; denn die Wohnung kann er bei einem Ausfall des Krönungszuges oder der Messe ohne weiteres wie gewohnt weiterverwenden. Für ihn

^{389 a} Zu berücksichtigen ist hier auch, daß der Schuldner sein Versprechen erfüllt hat. In den Fällen homogener Primärzweckstörungen kann hingegen der Schuldner sein Versprechen nicht „in natura“ erfüllen und braucht es grundsätzlich auch nicht in Geld zu erfüllen, wenn er die Unmöglichkeit der Leistung nicht verschuldet hat. Unter diesen Umständen ist das Gewicht des Gegenleistungsversprechens bedeutend geringer, da der Schuldner die von ihm gegebene Zusage nicht einzuhalten vermag. Deshalb ist bei homogenen Primärzweckstörungen dem Schuldner, der zu keinen Fehlinvestitionen veranlaßt worden ist, der Vergütungsanspruch im Einklang mit § 323 I BGB unabhängig davon abzusprechen, ob die Störung vorhersehbar war oder nicht.

³⁹⁰ Es gilt der von *Kegel*, Verhandlungen des 40. DJT, Bd. I, S. 200 zu Recht hervorgehobene Grundsatz „Contracter, c'est prévoir“.

sind also die Folgen einer Zurechnung des Risikos offensichtlich nicht so gravierend wie für den Gläubiger. Er kann mit anderen Worten das Risiko leichter absorbieren, wobei hier ausnahmsweise für das Urteil über die Existenz eines Absorptionsvorsprunges nicht nur auf etwaige Informationsvorteile und den leichten Zugriff zu organisatorischen Formen der Risikostreuung, sondern auch auf die typischen Auswirkungen des Risikos im Bereich der Parteien abgehoben wird. Im übrigen können unangemessene Resultate in Fällen, in denen bestimmte Risiken von nahezu allen Nachfragern nicht einkalkuliert werden, dadurch ausgeschaltet werden, daß der Bereich der „Vorhersehbarkeit“ nicht allzuweit gespannt wird; denn die Tatsache, daß gewisse Gefahren allgemein nicht ins Bewußtsein dringen und ins Kalkül gezogen werden, ist ein starkes Indiz für die Unvorhersehbarkeit dieser Gefahrenquellen.

cc) Fallanalyse

Die Angemessenheit der für eine Risikoentlastung der Gläubiger eingeführten Voraussetzung der *Unvorhersehbarkeit* einer Sekundärzweckstörung erhellt auch die Analyse einiger der Literatur und Rechtsprechung entnommener Fälle. Haben die Parteien beispielsweise einen langfristigen Pachtvertrag zum Betrieb eines Tanzlokals geschlossen, so darf sich der Pächter nicht darauf berufen, daß in einem anderen Bezirk ein neues Vergnügungsviertel entstanden ist und die Gäste dorthin abgewandert seien. Die Veränderung der Konkurrenzsituation gehört zu den Umständen, mit denen üblicherweise gerechnet wird. Der Pächter kann sie daher ohne weiteres bei den Vertragsverhandlungen einkalkulieren und das Risiko gegen die Chance abwägen, die ihm ein langfristiger Vertrag bei weiterem Aufschwung des Vergnügungsviertels geboten hätte, in dem das von ihm gemietete Lokal lag.³⁹¹

Zweifelhafter ist demgegenüber die Entscheidung im „*Patent*“-Fall. Wird das veräußerte Patent, bevor es als serienreif gewerblich ausgewertet werden kann, durch eine neue Erfindung überholt, die einen wesentlichen technischen Fortschritt mit sich bringt, so bejaht Tetzner³⁹² im Zweifel ein Kündigungsrecht des Erwerbers, der sich mit Hilfe des Patentbesitzes keine Monopolstellung auf dem Markt verschaffen kann. Die h. M.³⁹³ betont hingegen, daß ohne besondere Zusicherungen der Erwerber das Risiko der Ertrags- und Wettbewerbsfähigkeit der Erfindung auf sich zu nehmen habe. Zugleich wird aber auch unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes

³⁹¹ Vgl. auch BGH, WM 56, 353 (355) „Übernahme des Anteils an einer Gesellschaft, die nicht floriert“. Es kann hier in der Tat weitgehend dahingestellt bleiben, warum die Gesellschaft nicht floriert, da entweder ein Beherrschbarkeitsvorsprung des Gläubigers existiert oder die unbeherrschbaren Gefahren vorhersehbar sind. Vgl. ferner OLG Düsseldorf, NJW 70, 2027 f. „Preisentwicklung auf dem Kraftstoffmarkt und die Provisionssätze bei der Pacht einer Tankstelle“.

³⁹² Tetzner, Das materielle Patentrecht der Bundesrepublik Deutschland, § 9 Anm. 19 bei Lizenzverträgen; zutreffend, soweit der Lizenzvertrag gesellschaftsrechtliche Elemente enthält.

³⁹³ RGZ 163, 6; BGH, GRUR 1955, 340 f.; Lindenmaier-Weiss, PatG, § 9 Anm. 21; Benckard-Bock-Bruchhausen, PatG, § 9 Anm. 77 jeweils mit weit. Nachw.

Urteil des BGH³⁹⁴ ausgeführt, daß bei wesentlich veränderten Verhältnissen ein Kündigungsrecht oder Anpassungsrecht zu gewähren sei, wenn es dem Erwerber unter Berücksichtigung aller Umstände schlechthin unzumutbar sei, am Vertrag festzuhalten.³⁹⁵ Diese Einschränkung ist für den Fall unrichtig, daß das Patent durch eine neue Erfindung überholt wird. Mit derartigen Erfindungen muß angesichts des ständigen technischen Wandels immer gerechnet werden. Das RG³⁹⁶ hat daher insoweit zu Recht hervorgehoben, daß der Erwerb eines Patents zu den „gewagten Geschäften“ gehöre.³⁹⁷ Etwas anderes mag im Einzelfall dort gelten, wo die Auswertung eines Patentbesitzes infolge einer unvorhersehbaren, alle potentiellen Nachfrager treffenden hoheitlichen Anordnung unmöglich³⁹⁸ wird.³⁹⁹

Die Vorhersehbarkeit einer Sekundärzweckstörung verbietet auch im sogenannten „Spielautomaten“-Fall⁴⁰⁰ die Entlastung des Käufers. Der Verkäufer war Pächter einer Gaststätte, die im Eigentum einer Brauerei stand. Er hatte in der im wesentlichen von Halbwüchsigen aufgesuchten Gaststätte mehrere Spielautomaten aufgestellt. Kurz vor Ablauf der Pachtzeit verkaufte er die Spielautomaten an einen Automatenaufsteller. In dem von den Parteien vereinbarten Preis war ein „Platzwert“ von ca. 3000 DM für die Möglichkeit enthalten, die Geräte weiterhin in der im alten Stil gehaltenen Gaststätte aufzustellen. Eine ausdrückliche Vereinbarung wurde darüber nicht getroffen. In den Vertrag wurde lediglich die Bedingung aufgenommen, daß die Brauerei als Verpächterin die Erlaubnis erteile, die Automaten beim neuen Pächter aufzustellen bzw. zu belassen. Die Erlaubnis wurde erteilt. Der neue Pächter führte die Gaststätte jedoch als Speiselokal fort und lehnte aus diesem Anlaß die Wiederaufstellung der Automaten ab.

Der BGH und Köhler⁴⁰¹ geben dem Käufer das Recht, auf einer Rückerstattung des „Platzwertes“ zu bestehen. Für diese Form der Risikoordnung scheint der Umstand entscheidend gewesen zu sein, daß die Parteien übereinstimmend davon ausgegangen sind,⁴⁰² daß die Automaten in der Gaststätte verbleiben, während Köhler es genügen läßt, daß der Verkäufer infolge der Aussicht, die Apparate in einem Lokal aufstellen zu können, in dem vorwiegend jugendliche verkehrten, eine höhere Gegenleistung erzielt hatte.

Geht man von dem in der veröffentlichten Entscheidung abgedruckten Sachverhalt aus, so hat das Risiko der Sekundärzweckstörung der Käufer zu tragen. Der Verkäufer hatte nach seinem Ausscheiden aus dem Pachtverhältnis keinerlei Einfluß auf die Weiterführung des Lokals durch den neuen Pächter. Zum anderen lag es sogar recht nahe, daß der neue Pächter den Stil der von ihm fortgeführten Gastwirtschaft entsprechend seinen Fähigkeiten und seiner Einschätzung der Nachfragesituation ändern würde. Wer im Hinblick auf eine objektiv vage Hoffnung, die Gaststätte werde im alten Stil fortgeführt, bereit ist, dem Verkäufer ein höheres

³⁹⁴ Vgl. aber die neuere Entscheidung des BGH (GRUR 74, 40 [43]).

³⁹⁵ *Lindenmaier-Weiss*, PatG, § 9 Anm. 21; *Benkard-Bock-Bruchhausen*, PatG, § 9 Anm. 77.

³⁹⁶ RGZ 163, 6.

³⁹⁷ Bei Lizenzverträgen ist freilich angesichts des partiarischen Charakters vieler dieser Verträge eine andere Risikoverteilung angebracht.

³⁹⁸ Vgl. BGH, GRUR, 74, 43, der von außergewöhnlichen und unabwendbaren Ereignissen spricht. Die „Unvorhersehbarkeit“ steckt in dem Element der „Außergewöhnlichkeit“.

³⁹⁹ Ist das Patent nicht verwertbar, weil es technisch nicht brauchbar ist, so liegt freilich – ebenso wie bei sonstigen Sachmängeln – ein Beherrschbarkeitsvorsprung des Veräußerers vor.

⁴⁰⁰ BGH, WM 67, 561 = LM Nr. 51 zu § 242 (Bb) BGB.

⁴⁰¹ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 154, 166; ebenso *Emmerich*, in: Grundlagen aaO, S. 460.

⁴⁰² Dieses Kriterium betont auch BGH, WM 71, 1303.

Entgelt zu gewähren, muß auch die Konsequenzen einer Enttäuschung tragen. Er ist weder – entgegen BGH und Köhler – schutzwürdig, weil der Verkäufer infolge der subjektiven Gewißheit des Käufers, der Charakter des Lokals werde sich nicht ändern, ein über dem Verkehrswert liegendes Entgelt zu erlangen vermochte, noch ist die bloße Gemeinsamkeit der Fehleinschätzung so gewichtig,⁴⁰³ daß das Risiko dem Verkäufer zuzuweisen ist.

Allerdings ist anzunehmen, daß der in der Entscheidung mitgeteilte Sachverhalt unvollständig ist. Es ist nämlich kaum erklärlich, warum der Käufer den „Platzwert“ dem Verkäufer zukommen ließ und nicht dem neuen Pächter, in dessen Macht es stand, den Charakter des Lokals zu ändern bzw. die Aufstellung der Automaten zu dulden. Hätte der Verkäufer keinerlei Einflußmöglichkeit auf die Aufstellung der Apparate besessen, so wäre er darauf angewiesen gewesen, sie so schnell wie möglich loszuschlagen. Er hätte daher immer nur den Verkehrswert ohne einen „Platzwert“ realisieren können. Verständlich ist die Berücksichtigung des „Platzwertes“ daher nur, wenn man unterstellt, daß der Verkäufer im Verhältnis zum Verpächter das Recht besaß, seinen Nachfolger auszusuchen. War dies der Fall, so konnte er auch sicherstellen, daß die Spielautomaten weiterhin in der Gaststätte gewinnbringend eingesetzt werden konnten. Man kann bei dieser Konstellation den Vertrag nun dahin auslegen, daß der Verkäufer verpflichtet war, seinen Nachfolger seinerseits anzuhalten, die gewinnbringende Aufstellung der Automaten weiterhin zu ermöglichen. Selbst wenn man nicht so weit gehen will, wäre das Risiko der Sekundärzweckstörung dem Verkäufer zuzurechnen; denn der Verkäufer verfügt in einer Konstellation, in der er den Nachfolger auszusuchen imstande ist und beide Parteien davon ausgehen, daß die veräußerten Automaten wie bisher genutzt werden würden, über einen klaren Beherrschbarkeitsvorsprung, da er in der Lage ist, seinen Nachfolger zu verpflichten, die Gaststätte im alten Stil fortzuführen und die Apparate aufzustellen.

Die Erkennbarkeit des Risikos einer Störung der geplanten Verwendung ist ferner für die Zurechnung des Risikos im „Siedlungs“-Fall⁴⁰⁴ ausschlaggebend. Die Parteien hatten einen Kaufvertrag über ein Haus- und Gartengrundstück geschlossen. An für sich wollte der Käufer nur das Hausgrundstück erwerben. Um öffentlichen Kredit zu erlangen, mußte die Voraussetzung geschaffen werden, daß der zu erwerbende Grundbesitz als landwirtschaftliche Nebenerwerbsstelle anerkannt werden konnte. Der Verkäufer veräußerte deshalb das Hausgrundstück mit einem Gartengrundstück; gleichzeitig verpflichtete sich der Käufer, das Gartengrundstück dem Verkäufer unentgeltlich zu verpachten und es nach Tilgung der Kredite zurückzuzubereignen. Die Parteien gingen davon aus, daß sich die Pachtabrede gefahrlos durchführen lasse. Nach Vertragsschluß stellte sich jedoch heraus, daß die Parteien § 20 Reichssiedlungsgesetz falsch interpretiert hatten. Gemäß dieser Vorschrift muß der Käufer das gesamte Anwesen selbst bewirtschaften, wenn er nicht ein Wiederkaufsrecht der Siedlungsgesellschaft und eine Kündigung der öffentlichen Kredite auslösen will.

Der BGH vertrat die Ansicht, daß die Geschäftsgrundlage fehle, weil beide Parteien von der gefahrlosen Erfüllung der Benutzungsabrede ausgegangen seien, während in Wirklichkeit das starre Festhalten am Vertrag die wirtschaftliche Existenz des Käufers gefährdete. Es ist schon zweifelhaft, ob der Verkäufer nicht auch allein das Hausgrundstück hätte an einen dritten potentiellen Käufer veräußern können. Jedenfalls war aber die Gefahr, daß ein Wiederkaufsrecht ausgeübt und Kredite gekündigt werden würden, vorhersehbar. Der BGH versucht die Relevanz der Erkennbarkeit der Störungsursache mit dem Argument auszuräumen, daß die Ausübung der aus dem Reichssiedlungsgesetz fließenden Rechte nicht in den Risikobereich des Erwerbers fielen, weil das Risiko auf einer Eingriffsmöglichkeit einer Behörde beruhe. Damit setzt er sich jedoch zu seinen Entscheidungsprämissen im „Charter“-Fall⁴⁰⁵ in Widerspruch, wo er behauptet hatte, die Einführung neuer Zölle, die den vereinbarten Austausch für den Gläubiger zu einem Verlustgeschäft machen, gehörten zum Risikobereich des Gläubigers.

⁴⁰³ Siehe oben S. 25 ff, 378 ff.

⁴⁰⁴ BGH, LM Nr. 50 zu § 242 (Bb) BGB.

⁴⁰⁵ BGH, LM Nr. 1 zu § 629 HGB. Siehe dazu S. 314.

Zum Zweck der Risikoverteilung darf man nicht allein darauf abstellen, ob die Störung aus der neutralen Sphäre stammt, die möglicherweise unbeeinflussbar ist. Für eine Risikointlastung des Gläubigers muß noch die Unvorhersehbarkeit der Gefahr hinzutreten. Das Risiko muß daher dem Gläubiger zugerechnet werden. Das mag man im konkreten Fall als hart empfinden, zumal wenn man berücksichtigt, daß die wirtschaftliche Existenz⁴⁰⁶ des Käufers gefährdet war. Hart ist das daraus resultierende Ergebnis aber nur, weil es der Käufer versäumt hatte, die ihm offen stehenden Informationsmöglichkeiten zu nutzen.

Im „Apotheken“-Fall⁴⁰⁷ hat der BGH dagegen zu Recht dem Käufer das Risiko der Verwendungsstörung abgenommen. Die Parteien hatten Anfang 1956 einen Kaufvertrag über eine sogenannte Realkonzession für Apotheken abgeschlossen, die nach der damaligen Verwaltungspraxis den Erwerb eines Apothekenbetriebsrechtes ohne Bedürfnisprüfung ermöglichte. Die in Berlin zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Richtlinien über die Verteilung von Apothekenbetriebsrechten standen auf dem Boden eines strengen Konzessionssystems, das allerdings nicht mehr gänzlich unangefochten war. In der amerikanischen Besatzungszone war 1948/49 die Gewerbefreiheit auf Apotheken ausgedehnt worden. Von deutscher Seite erhob sich alsbald dagegen Widerspruch. Die deutsche Apothekerschaft arbeitete 1950 einen Entwurf aus, der zum wesentlichen Teil auf dem Grundsatz der Rentabilitätsprüfung im Hinblick auf Lage, Bevölkerungszahl und Dichte beruhte. Durch Bundesgesetz von 1953 war die vorläufige Fortgeltung der 1945 bestehenden landesgesetzlichen Regelungen angeordnet worden. Ein 1955 von der Bundesregierung vorgelegter Entwurf einer Neuregelung, die eine Bedürfnisprüfung und eine Vergabe von Konzessionen nach dem Betriebsberechtigungsalter vorsah, scheiterte im Bundestag. Ende 1956 beanstandete das Bundesverwaltungsgericht die Bedürfnisprüfung als verfassungswidrig. Ihm folgte 1958 das Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts. Mit dem Ende der Bedürfnisprüfung sank natürlich der Wert der Realkonzession auf Null, da nun jeder Apotheker eine Apotheke eröffnen und dadurch in das Einzugsgebiet des vorher durch eine Realkonzession geschützten Apothekers eindringen durfte.

Der BGH hat im Ergebnis zutreffend einen Wegfall der Geschäftsgrundlage bejaht. Zur Zeit des Vertragsschlusses wurde aufgrund der damaligen Interpretation des Art. 12 GG weder mit der Verfassungswidrigkeit der Bedürfnisprüfung gerechnet, noch bestand angesichts des damaligen Standes der Gesetzesplanung Anlaß, die Einführung völliger Niederlassungsfreiheit einzukalkulieren. Die kurzfristige Zerstörung der Realkonzession war mithin so unwahrscheinlich,⁴⁰⁸ daß sie keiner der potentiellen Nachfrager bei der Preisgestaltung berücksichtigen konnte. Die Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes und des Bundesverfassungsgerichtes haben demnach nicht nur eine homogene Äquivalenzstörung ausgelöst, sondern auch die geplante Verwendung der Realkonzession als mittelbares Ausschlußrecht für alle anderen Bewerber illusorisch gemacht. Die Folgen dieser unvorhersehbaren, homogenen Sekundärzweck- und Äquivalenzstörung hat grundsätzlich der Verkäufer auf sich zu nehmen.

c) Abgrenzung

Nun liegt es nahe, zu behaupten, die Grundsätze, die für die homogene Verwendungsstörung entwickelt worden sind, müßten nahtlos auf diejenigen Störungen übertragen werden, die sich *ausschließlich im Bereich der subjektiven Äquivalenzentscheidung* bewegen. Diese These vertreten Brox⁴⁰⁹ und Köhler.⁴¹⁰ Sie wollen

⁴⁰⁶ Zur Relevanz der Existenzvernichtung bei normalen Austauschverhältnissen siehe oben S. 89 ff.

⁴⁰⁷ BGH, LM Nr. 33 zu § 242 (Bb) BGB.

⁴⁰⁸ Zum Unterschied zwischen kurzfristiger und langfristiger Betrachtungsweise siehe oben S. 90 f.

⁴⁰⁹ Brox, Irrtumsanfechtung aaO, S. 181 f.

⁴¹⁰ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 377.

beispielsweise dem Hotelier, der wegen eines allgemein erwarteten Andranges zu einer Messe seine Zimmerpreise generell um 20% heraufgesetzt hat, zwingen, bei einem Ausfall der Messe von allen seinen Gästen nur das „normale Entgelt“ zu verlangen. Köhler führt hierzu aus, der Hotelier ziehe aus dem objektiv ungewissen Umstand der Messe-Veranstaltung einen besonderen Nutzen, wie der „Aufschlag“ zeige. Das rechtfertige es, ihm nach dem Prinzip der Risikonutznießung auch die Gefahr des Ausfalls der Veranstaltung aufzuerlegen. Brox legt hingegen das Gewicht darauf, daß die Veranstaltung der Messe ein für die Äquivalenzentscheidung beider Parteien gültiges Wertungsmoment darstelle. Auf diese Thesen ist kurz einzugehen, um zu erklären, warum verwandte Erscheinungen aus dem hier entwickelten Risikoverteilungssystem herausfallen.

In der Tat ist durch den Ausfall der Messe sowohl die subjektive Äquivalenzentscheidung des Messegastes als auch die anderer Hotelgäste gestört, die beispielsweise einen gleichzeitig stattfindenden Kongreß besuchten. Jene konnten zwar den vom Hotelzimmer erwarteten und eingeplanten Nutzen ziehen. Dieser Nutzen war ihnen auch den vereinbarten Preis wert, da sie sonst nicht das Zimmer zu dem erhöhten Preis genommen hätten. Gleichwohl hat der Ausfall der Messe ihrer subjektiven Äquivalenzentscheidung die Grundlage entzogen; denn sie hätten den höheren Preis wahrscheinlich nicht bewilligt, wenn sie gewußt hätten, daß die Messe nicht stattfindet, die Nachfrage eigentlich bedeutend geringer und somit die Anbieterkonkurrenz stärker ist. Es liegt mithin der Fall einer homogenen Äquivalenzstörung vor. Die Homogenität der subjektiven Äquivalenzstörung *allein* rechtfertigt jedoch keine Korrektur des ursprünglichen Risikoverteilungssystems.

Zwar hätte der Vermieter bei einer richtigen Einschätzung der zukünftigen Entwicklung immer nur die „üblichen“ Preise erzielt, mit welchem der Nachfrager er auch kontrahiert hätte. Diese Art der Störung ist jedoch zu häufig und zu schwer zu erfassen, als daß man sie zum Anlaß nehmen sollte, den Gläubiger aus seinem Gegenleistungsversprechen zu entlassen.

Der Preis ist im Gleichgewicht, wenn zu ihm die gesamte Menge abgenommen wird und gleichzeitig keine weiteren Nachfrager existieren, die diesen oder einen höheren Preis bewilligen würden.⁴¹¹ Zu diesem Preis bleibt der Bedarf von Nachfragern ungedeckt, die an sich bereit wären, die angebotenen Güter abzunehmen, aber den Nutzen dieser Güter niedriger einschätzen. Stellt sich später heraus, daß die Leistung für einen Teil der Nachfrager den vereinbarten Preis nicht wert war, so kommt es auf Märkten mit vollkommenem Wettbewerb immer zu einer homogenen Äquivalenzstörung; denn bei einer Neuverhandlung über den Preis⁴¹² auf der Grundlage der wahren Verhältnisse würden die früheren Vertragspartner ausscheiden und an ihre Stelle würden diejenigen Nachfrager treten, denen der vorher vereinbarte Preis zu hoch war. Der Preis würde demnach sinken, da natürlich die Nachfrager, die an sich gewillt wären, selbst jetzt noch höhere Entgelte in Kauf zu

⁴¹¹ Woll, Volkswirtschaftslehre aaO, S. 72.

⁴¹² Machlup, HdSW, Bd. 12 „Wettbewerb III“.

nehmen, die Konsumentenrente⁴¹³ ausschöpfen werden, d.h. nur den Preis zahlen werden, zu dem das gesamte Angebot abgesetzt werden kann. Gleiches gilt, falls sich nachträglich zeigt, daß die zur Verfügung stehende Gütermenge größer ist als ursprünglich eingeschätzt wurde, daß also auch der Bedarf derjenigen Nachfrager zu einem niedrigeren Preis gedeckt werden kann, die von Anfang an den durch die Leistung vermittelten Nutzen relativ gering bewertet haben.

Die wirtschaftliche Realität ist freilich nicht von „vollkommenen“, sondern von „unvollkommenen“ Märkten⁴¹⁴ geprägt. Auf ihnen besitzen die Anbieter einen Spielraum in der Festsetzung der Preise und nutzen ihn auch aus. Bei einer Neuverhandlung würde der Umstand, daß einzelne Nachfrager ausscheiden oder die Angebotsmenge größer ist, als ursprünglich angenommen worden ist, nicht notwendig dazu führen, daß der Anbieter von seinen Preisvorstellungen abrückt, und somit auch nicht notwendig eine homogene Äquivalenzstörung nach sich ziehen. Je größer aber der Anteil der Nachfrager ist, der abwandert bzw. je größer die Gütermenge ist, die zum vereinbarten Preis nicht abgenommen wird, desto wahrscheinlicher ist es, daß sich der Anbieter unter dem Konkurrenzdruck zu einer Preissenkung bereitgefunden hätte, wenn die wahren Verhältnisse schon bei Vertragsschluß bekannt bzw. vorhersehbar gewesen wären.

Selbst auf diesen unvollkommenen Märkten sind indessen homogene Äquivalenzstörungen recht häufig, auch wenn man diejenigen Fälle ausklammert, in denen die Störungsursachen in der Sphäre der Verwender liegen oder vorhersehbar sind; denn alle für die individuelle Äquivalenzentscheidung maßgeblichen Faktoren können, wenn sie nur entsprechend viele Nachfrager betreffen, eine homogene Äquivalenzstörung auslösen. Man denke nur an das Beispiel, daß infolge einer unvorhersehbaren Zollsenkung der billigere Import von Substitutionsgütern, die einen wesentlichen Teil der Nachfrage auf sich gezogen hätten, möglich wird.

Die Berücksichtigung jeder unvorhersehbaren homogenen Äquivalenzstörung würde schwierige Probleme ihres Nachweises aufwerfen. Es müßte nämlich von Fall zu Fall festgestellt werden, ob der Preis wirklich auf einem niedrigeren Niveau vereinbart worden wäre, wenn die zukünftige Entwicklung vorhersehbar gewesen wäre. Das kann nicht einfach dadurch ermittelt werden, daß man auf die Marktpreisverschiebung abstellt, die eingetreten ist, als die wahre Entwicklung der Angebots- und Nachfragebedingungen sichtbar wurde; denn es müßte eruiert werden, inwieweit diese Preisveränderungen auf Faktoren zurückzuführen sind, die bei Vertragsschluß vorhersehbar waren. Darüber hinaus müßten Kriterien dafür angegeben werden können, wie die Anbieter gegebenenfalls ihren Preisspielraum ausgefüllt hätten, – Kriterien, für die alle exakten Anhaltspunkte fehlen.

Immerhin wäre zu erwägen, ob man nicht eine Risikoentlastung des Gläubigers dort einführen sollte, wo die Homogenität der Äquivalenzstörung evident ist. Dies ist beispielsweise bei dem eingangs angeführten „Hotel“-Fall anzunehmen.

⁴¹³ Woll, Volkswirtschaftslehre aaO, S. 148.

⁴¹⁴ Woll, Volkswirtschaftslehre aaO, S. 163 ff.

Das Problem der Praktikabilität eines Nachweises sowohl der Unvorhersehbarkeit als auch der Homogenität der Äquivalenzstörung hätte man dann zwar weitgehend entschärft. Aus der Sicht einer sachgerechten Risikoverteilung bleibt aber der Umstand problematisch, daß diese Form der Äquivalenzstörung – auch wenn man nur die Varianten ins Auge faßt, in denen sie klar in Erscheinung tritt – sehr häufig ist. Ihre Berücksichtigung würde daher dazu führen, daß sich der Gläubiger verhältnismäßig oft von seinem Versprechen mit dem Argument lösen dürfte, er und alle anderen Nachfrager hätten die Marktlage falsch eingeschätzt. Umgekehrt ist der Gläubiger in Fällen, in denen ein unvorhersehbares Ereignis lediglich eine homogene Äquivalenzstörung und nicht gleichzeitig auch eine Verwendungszweckstörung auslöst, in der Lage, seinen Bedarf so wie geplant zu befriedigen. Haben beispielsweise alle Gäste eines Hotels die der angekündigten Messe wegen verteuerten Zimmer gemietet, um Zwecke zu verfolgen, die mit der Messe nichts zu tun haben, so wird die Realisierung dieser Zwecke durch den unvorhersehbaren Ausfall der Messe nicht tangiert. Sie müssen auch keine größeren Vermögensopfer machen, als sie ursprünglich eingeplant hatten. Es entgeht ihnen nur die Chance, einen nach eigener Einschätzung minder wichtigen Bedarf zusätzlich zu decken, den sie hätten decken können, falls die unvorhersehbare Entwicklung – der Ausfall der Messe – schon bei Vertragsschluß bekannt bzw. vorhersehbar gewesen wäre, da sie dann nur ein geringeres Entgelt bewilligt hätten.

Eine Zuordnung des Risikos, die Marktsituation falsch einzuschätzen, an den Gläubiger würde somit diesen in aller Regel nicht gravierend belasten. Dem steht die Tatsache gegenüber, daß der Gläubiger ein Versprechen zur Leistung abgegeben und sich damit selbst gebunden hat. Im Vertrauen auf dieses Versprechen kann der Schuldner Investitionen getätigt haben. Man müßte im Falle einer Risikoentlastung den Gläubiger verpflichten, den Vertrauensschaden bis zur Höhe des versprochenen Entgelts zu ersetzen, was angesichts der Häufigkeit homogener Äquivalenzstörungen die Abwicklung von Austauschverhältnissen erheblich schwieriger⁴¹⁵ gestalten dürfte. Wägt man die für und gegen eine Risikobelastung des Gläubigers sprechenden Gesichtspunkte ab, so erscheint im Normalfall auch bei evident homogenen Äquivalenzstörungen eine Zuordnung des Risikos zu Lasten des Gläubigers am Platze; denn *das Fehlen* eines vom Gläubiger im Sinne des Veranlassungsprinzips verursachten Risikos, d. h. die Tatsache, daß der Schuldner bei Vorhersehbarkeit der Störung das vereinbarte Entgelt nicht hätte erzielen können, ist in seinem Wertungsgehalt dem Veranlassungsprinzip nicht gleichzustellen. Es hat grundsätzlich dort hinter die verpflichtende Kraft des Versprechens zurückzutreten,⁴¹⁶ wo der Gläubiger im Austauschverhältnis seinen Bedarf zu decken vermag, – zumal diese Form der Risikoverteilung auch am besten mit dem Ziel der Rechts- und Verkehrssicherheit in Einklang zu bringen ist, weil die aus dem Versprechen resultierenden Ansprüche leicht feststellbar sind.

⁴¹⁵ Zur Relevanz dieses Gesichtspunktes für eine Risikoverteilung im Sinne wirtschaftlicher Effizienz, *Calabresi/Hirschhoff*, 81 Law Journal 1059, 1075 (1972).

⁴¹⁶ Siehe Fn. 389a.

Ist die homogene Äquivalenzstörung die Folge einer *heterogenen* Verwendungsstörung, wären also die Preise gefallen, wenn rechtzeitig vorhersehbar gewesen wäre, daß ein wesentlicher Teil der Nachfrage ausbleiben würde, weil ihr Bedarf nicht planungsgerecht gedeckt werden könnte, so *fallen* allerdings bei einzelnen Gläubigern *Verwendungsstörung und homogene Äquivalenzstörung zusammen*. Diese Gläubiger können nicht nur nicht ihre Bedürfnisse so befriedigen, wie sie sich das vorgestellt haben, sondern sie haben dafür auch ein Entgelt versprochen, das über dem Marktpreis liegt, der sich herauskristallisiert hätte, wenn das störende Ereignis vorher bekannt oder zumindest vorhersehbar gewesen wäre. Bei der Behandlung dieser Fälle hat man aber zu berücksichtigen, daß diese Gläubiger sinnlose Aufwendungen verursacht und Leistungskapazität des Schuldners an sich gebunden haben, die sich anderweit hätte nutzbringend einsetzen lassen. Das Risiko der heterogenen Sekundärzweckstörung – isoliert gesehen – hat nun der Gläubiger ohnehin zu tragen.⁴¹⁷ Die fehlgeleitete Leistungskapazität besitzt zwar ebenso wie die Aufwendungen aus späterer Sicht, d.h. nach Eintritt der Störung, einen geringeren Wert, als die Parteien angenommen haben. Dieser „Minderwert“ spiegelt jedoch ausschließlich die homogene Äquivalenzstörung wider. Ihre Folgen hat auch derjenige Gläubiger auf sich zu nehmen, der seinen Bedarf mit der Leistung nicht zu decken vermag; denn die Gefahr einer heterogenen Sekundärzweckstörung geht zu seinen Lasten. Außerdem ist in Hinblick auf die Homogenität der Äquivalenzstörung kein Unterschied zwischen beiden Fallgruppen auszumachen, so daß kein Anlaß für differenzierende Rechtsfolgen besteht. Man könnte allenfalls erwägen, ob dem Gläubiger nicht wenigstens in Fällen tiefgreifender, homogener Äquivalenzstörungen die Überwälzung des Risikos auf den Schuldner zu gestatten ist. Damit würde jedoch das Problem der Quantifizierung auftauchen. Zu seiner Bewältigung fehlen alle gesicherten materiellen Kriterien. Der Richter müßte, wie es die Rechtsprechung⁴¹⁸ auch tut, prüfen, ob die Störungen so gravierend sind, daß ein Festhalten am Vertrag mit Recht und Gerechtigkeit schlechthin nicht mehr zu vereinbaren ist oder zu einer rohen prozentualen Quantifizierung⁴¹⁹ greifen.⁴²⁰ Ersteres kommt letztlich der Aufforderung gleich, ex post den gerade noch „gerechten Preis“ festzusetzen. Der zweiten Lösungsvariante fehlt die innere Überzeugungskraft.⁴²¹

2. Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Schuldners

Über die Fälle unvorhersehbarer, homogener Sekundärzweckstörungen und Äquivalenzstörungen hinaus wird man dem Schuldner in einem vom Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip geprägten Risikoverteilungssystem all die Verwen-

⁴¹⁷ Siehe oben S. 311 ff.

⁴¹⁸ BGH, WM 68, 1011.

⁴¹⁹ Vgl. *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 251, der einen festen Wert von 50% vorschlägt.

⁴²⁰ Siehe oben S. 229.

⁴²¹ Unberührt bleibt natürlich die Möglichkeit der Anfechtung. Zur Risikoentlastung bei „gemeinsamen“ Fehlvorstellungen siehe unten S. 378 ff.

dungsrisiken zuzurechnen haben, die er im Vergleich zu seinem Vertragspartner besser zu steuern und zu absorbieren vermag.

Es liegt nahe, dem Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken auf dem Weg über eine extensive Auslegung oder analoge Anwendung der Sachmängelgewährleistungsnormen, die selbst auf dem typischen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Schuldners beruhen,⁴²² stärker zum Durchbruch zu verhelfen.

Diesen Weg hat die h. M. in Literatur⁴²³ und Rechtsprechung⁴²⁴ eingeschlagen. Sie wendet den § 459 BGB auch auf eine Reihe sog. Umweltfehler, wie beispielsweise hoheitliche Bauverbote, an, bei denen der die Fehlplanung auslösende Faktor nicht in den physisch-chemikalischen Eigenschaften des Leistungsobjektes selbst liegt, sondern der Umwelt angehört, in die das Kaufobjekt hineingebettet ist. Diese Umweltfehler sind insbesondere dadurch gekennzeichnet, daß zu ihrer Eliminierung nicht das Leistungsobjekt andere Gestalt annehmen müßte.⁴²⁵ Die planungsgemäße Verwendung kann vielmehr nur durch eine Veränderung der Umwelt erreicht werden.

Dieser Lösungsansatz, den man offensichtlich gewählt hatte, um eine offene Rechtsfortbildung zu verdecken, sollte nicht weiter verfolgt werden. Der Wortlaut des § 459 I BGB ist eindeutig auf körperliche Mängel des Leistungsobjektes zugeschnitten, wie der in dieser Vorschrift verwendete Begriff „behaftet“ beweist.⁴²⁶ Über dieses Hindernis könnte man sich zwar mit Hilfe der Analogie hinwegsetzen. Man könnte aber bei Umweltfehlern nicht erklären, warum die Beschränkung der Gewährleistung bis zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges, d. h. beispielsweise bei einem Sachkauf über bewegliche Sachen bis zum Moment der Übergabe, gerechtfertigt sein soll, die bei den die körperliche Integrität des Leistungsobjektes tangierenden Mängeln sicherlich angemessen ist. Desgleichen erscheint eine Verjährung der Gewährleistung, die beim Kauf beweglicher Sachen nach sechs Monaten seit der Übergabe eintritt, auf Umweltfehler nicht ohne weiteres übertragbar zu sein, da mit der Besitzerlangung die Chancen des Käufers, die Fehlerquelle zu erkennen, die in der neutralen Sphäre oder im Bereich des Schuldners liegt, keineswegs nachhaltig verbessert werden.⁴²⁷

Freilich könnten auch die Bestimmungen über die Gefahrtragungs- und Gefahrübergangsregelung teleologisch restringiert werden. Dann müßte man jedoch die Konsequenz hinnehmen, daß nur ein Teil der hier einschlägigen Fälle in Analogie zu §§ 459 ff BGB behandelt wird, während bei anderen Fällen der Beherrschbarkeits-

⁴²² Siehe oben S. 147 ff.

⁴²³ Larenz, SchR II, S. 35 ff; Esser, SchR II, S. 33; Erman-Weitnauer, BGB, § 459 Anm. 3 f; Soergel-Ballerstedt, § 459 Anm. 2; Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 169 ff; Flume, Eigentumsirrtum aaO, S. 120; U. Huber, ZGR 72, 403; Immenga, AcP 171 (1971), 12 ff.

⁴²⁴ RGZ 161, 332; BGHZ 34, 32; BGH, JZ 70, 20. Zum Problem der Bauverbote vgl. RGZ 131, 348 f m. w. Nachw.; BGH, BB 65, 1291; WM 69, 274.

⁴²⁵ Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 178.

⁴²⁶ Zutreffend Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 176 ff, 181 f.

⁴²⁷ Zutreffend Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 181 ff.

und Absorptionsgedanke unabhängig vom Vorbild der Sachmängelgewährleistung konkretisiert werden muß. Es empfiehlt sich daher, die Korrektur der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption in der Form vorzunehmen, daß über die gesetzlich geregelten Fälle der Sachmängelgewährleistung hinaus auf der Basis des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips Fallgruppen und die zugehörigen Konkretisierungsmerkmale entwickelt werden,⁴²⁸ bei denen der Schuldner das Risiko seines Aufwandes zu tragen hat, der durch Verwendungszweckstörungen nutzlos wird. Im Rahmen dieser Fallgruppen sind Rechtsfolgen zu entwickeln, die den verschiedenen Varianten der Verwendungszweckstörungen angepaßt sind.

a) Störungen aus der Sphäre des Schuldners

Ein Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung des Schuldners, der es grundsätzlich erlaubt, ihm das Risiko zuzurechnen, wird immer dort vorliegen, wo die Störungsursache der Sphäre des Schuldners entspringt.^{428a} So stellt in Fällen, in denen ein *Erbbaurecht* begründet wird, die Mangelhaftigkeit des Grundstückes einen typischen Umweltfehler dar; denn der Planungsfehler betrifft nicht das Erbbaurecht selbst, sondern die Sache, auf die es sich bezieht. Zu Recht hat jedoch der BGH⁴²⁹ im Einklang mit der Literatur⁴³⁰ die Gefahr sinnlosen Aufwandes dem Schuldner zugerechnet. Der tiefere Grund für diese Risikoverteilung liegt nicht darin, daß das Erbbaurecht zum Besitz berechtigt,⁴³¹ sondern daß der Eigentümer, der das Erbbaurecht bestellte, typischerweise besser als der Erwerber in der Lage war, zu erkennen, ob die Eigenschaft des Grundstückes den verkehrsüblichen bzw. den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch des Erbbaurechtes in irgendeiner Weise gefährdet. Umgekehrt wird von diesem Ansatz her auch plausibel, warum der Verkäufer einer *Hypothek* grundsätzlich⁴³² nicht dafür einzustehen hat, daß das Grundstück, das die Forderung sichert, fehlerfrei ist.⁴³³ Der Veräußerer besitzt nämlich mangels Sachherrschaft – ebenso wie bei der Beurteilung der Bonität einer Forderung – keinen ausreichenden Erkenntnisvorsprung.

Aus der Tatsache, daß das die Störung auslösende Ereignis dem Organisationsbe-

⁴²⁸ Anzusiedeln sind diese Regelungen, wie auch die Risikoverteilung im Falle einer unvorhersehbaren homogenen Sekundärzweckstörung, in § 242 BGB.

^{428a} Vgl. BGH, MDR 76, 382 (383). In dieser Entscheidung ist es allerdings fraglich, ob die Bestechlichkeit des Fußballspielers noch zur Sphäre des Vereins und nicht, wie beispielsweise die „Bonität“ des Drittschuldners, zur neutralen Sphäre zu zählen ist. Im Ergebnis wird man dem Urteil gleichwohl zustimmen können, da die Bestechlichkeit einen homogenen (zu diesem Begriff näher S. 321 f) und wohl auch unvorhersehbaren Mangel darstellt.

⁴²⁹ BGH, NJW 65, 532 f; vgl. ferner BGH, WM 71, 1251.

⁴³⁰ Larenz, SchR II, S. 116 f; Esser, SchR II, S. 37; Staudinger-Ostler, BGB, § 459 Anm. 2; Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 177 mit weiteren Nachweisen.

⁴³¹ So wohl aber Larenz, SchR II, S. 116.

⁴³² Zum Problemkreis homogener Verwendungstörungen siehe S. 321 ff.

⁴³³ So auch RGZ 103, 49; Staudinger-Ostler, BGB, § 459 Anm. 2; Esser, SchR II (4. Aufl.), S. 37; Larenz, SchR II, S. 117; a. A. Flume, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 180; Erman-Weitnauer, BGB, vor § 459 Anm. 1; Wiedemann, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 825.

reich des Schuldners angehörte und von ihm ohne Schwierigkeiten gesteuert werden konnte, darf bei Verwendungsstörungen freilich nicht sogleich der Schluß gezogen werden, daß das Risiko immer dem Schuldner aufzubürden sei.

Dies zeigt sich deutlich im „Gerätevertriebs“-Fall,⁴³⁴ den der BGH zu entscheiden hatte. Ihm lag folgender Sachverhalt zugrunde. Ein Produzent hatte einem Eigenhändler mehrere hochwertige Geräte verkauft. Kurze Zeit darauf brachte er neue, verbesserte Typen auf den Markt, die die bereits gelieferten Apparate veralten ließen.

Die Intensität der Risikozurechnung hängt hier wesentlich davon ab, *in welchem Umfang eine arbeitsteilige Eingliederung des Verkäufers in den Bedürfnisbefriedigungsprozeß* anzunehmen ist. Das kann – wie im Rahmen der Sachmängelgewährleistung herausgearbeitet wurde – von Fall zu Fall durchaus unterschiedlich sein. Dort wurde gezeigt,⁴³⁵ daß sich der Verkäufer einer arbeitsteiligen Mitwirkung im Hinblick auf die Qualität des Kaufobjektes dadurch zu entziehen vermag, daß er zu erkennen gibt, er wisse über die konkreten Eigenschaften des Kaufobjektes nicht ausreichend Bescheid.

Grundsätzlich deckt sich der Risikobereich mit dem an den Schuldner ausgegliederten Tätigkeitsbereich. Er endet somit normalerweise mit der Erfüllung. Ebenso, wie es nachvertragliche Schutzpflichten gibt, muß unter besonderen Umständen auch der Bereich, in dem der Schuldner für den Gläubiger arbeitsteilig tätig ist, ausgedehnt werden, – ohne daß sich der Rahmen, der der abstrakten Risikozurechnung und den Schutzpflichten gezogen ist, decken müßte.

Im „Gerätevertriebs“-Fall wird man nun kaum eine Pflicht bejahen können, der Schuldner habe eine Typenänderung solange zu unterlassen, bis ein angemessener Zeitraum zum Vertrieb der gekauften Apparate verstrichen ist. Eine derartige Pflicht, die den Schuldner vorübergehend vom technischen Fortschritt ausschließt, würde eine unangemessene Belastung mit sich bringen,⁴³⁶ selbst wenn man das für den Vertragshändlervertrag typische, besondere Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien in Rechnung stellt. Eine Schutzpflichtverletzung scheidet damit aus. Dieses *Vertrauensverhältnis* rechtfertigt jedoch in Verbindung mit dem Beherrschbarkeitsprinzip die Zurechnung der Gefahr sinnlosen Aufwandes. Der Nachfrager darf erwarten, daß der Schuldner bei seinen Entscheidungen über die Typenänderung auch die Vertriebssituation des Vertragshändlers berücksichtigt. Nimmt er auf sie durch Änderungen seiner Vertriebspolitik Einfluß, so muß er sich auch anrechnen lassen, daß seine früheren Leistungen für den Erwerber nutzlos geworden sind. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Notwendigkeit einer Änderung der Vertriebspolitik bei Vertragsschluß nicht gänzlich außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag. Der BGH hat somit zu Recht dem Käufer das Recht zugestanden, die technisch überholten Geräte zurückzugeben.

⁴³⁴ BGH, LM Nr. 36 zu § 242 (Bb) BGB.

⁴³⁵ Siehe oben S. 151 f.

⁴³⁶ Das verkennt Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 152.

Anders ist die Situation im „Preisunterbietungs“-Fall,⁴³⁷ in dem sich der Käufer darüber beschwerte, daß der Verkäufer über die Handelsstufen hinweg an seine potentiellen Kunden zu Preisen verkaufte, die unter denen lagen, die er selbst bezahlt hatte. Hier durfte der Käufer kaum erwarten, daß der Verkäufer darauf verzichtet, ihm Konkurrenz zu machen. Auf den heutigen Märkten existiert keine reinliche Scheidung nach Marktstufen mehr. Soweit es Abnehmern oder Nachfragern lohnend erscheint, übernehmen sie selbst die Funktionen vermittelnder Handelsstufen. Wenn der Käufer als Großhändler Waren einkauft, so endet die arbeitsteilige Unterstützung durch den Verkäufer mit der Lieferung. Es ist dann Sache des Käufers, diejenigen Kunden zu beliefern, denen er trotz der Preisunterbietung durch den Produzenten größere Vorteile in Form von Kredit, kurzfristiger Belieferung, Sortiment u. ä. zu gewähren vermag.⁴³⁸ Kann er dies nicht, weil er die Marktlage falsch eingeschätzt und zu teuer eingekauft hat, so muß er eben die Waren mit Verlust weiterveräußern.

b) Störungen aus der neutralen Sphäre

Stammt die Störung aus dem neutralen Bereich, so wird man nur recht selten zu dem Ergebnis kommen, daß das Sekundärzweckrisiko dem Schuldner aufzuerlegen ist, weil dieser besser dafür hätte sorgen können, daß die vom Gläubiger erkennbar geplante Verwendung nicht vereitelt wird, oder weil er zumindest imstande ist, die Kosten der nutzlos gebliebenen Investitionen leichter aufzufangen. Der *Gläubiger* ist nämlich als Verwender *normalerweise* „näher dran“, das Risiko zu tragen, da er der Entwicklung, die unmittelbar seine individuelle Verwendungsplanung bedroht, besondere Aufmerksamkeit widmen wird. Er ist daher auch eher als der Schuldner in der Lage, zuverlässige Prognosen aufzustellen, da er sich in erster Linie auf die Faktoren konzentrieren wird, die unmittelbar den an ihn ausgegliederten Tätigkeitsbereich beeinflussen können. Das schließt natürlich nicht aus, daß der Schuldner in Einzelfällen über einen Informationsvorsprung verfügt, der es ihm erlaubt, das Verwendungsrisiko effizienter in den Griff zu bekommen.

aa) Verkauf von Mitgliedschaftsrechten

Hierher gehört beispielsweise der Verkauf von Mitgliedschaftsrechten, bei denen die geplante Verwendung der Rechte dadurch in Frage gestellt ist, daß im Zeitpunkt der Veräußerung das Vermögen der Gesellschaft selbst Mängel aufweist.

Für die Zuordnung dieses Sekundärzweckstörungsrisikos ist nun nicht maßgeblich, ob Anteile in einem Umfang veräußert werden, durch die der Erwerber die beherrschende Stellung im Unternehmen erlangt.⁴³⁹ Die Risikoverteilung darf auch

⁴³⁷ OLG Frankfurt, BB 74, 1094.

⁴³⁸ Den Preisunterbietungen setzt nur § 826 BGB eine Grenze, es sei denn, daß der Versuch zur Monopolisierung nachweisbar wäre.

⁴³⁹ Aus der Rechtsprechung zuletzt BGH, NJW 76, 236f mit weiteren Nachweisen; vgl. ferner Wiedemann, Festschrift Nipperdey (1965), Bd. I, S. 832f; Esser, SchR II, S. 38; Fikentscher, SchR, S. 371; Larenz, SchR II, S. 117; Loos, MDR 62, 523 will für die Haftung des Verkäufers genügen lassen, daß der Käufer eine Einflußposition anstrebt.

nicht daran orientiert werden, ob der Veräußerer eine Bilanz vorgelegt hat, in der Aktiva aufgeführt sind, deren Fehlen der Verkäufer bei Anwendung kaufmännischer Sorgfalt hätte erkennen können;⁴⁴⁰ denn damit würde man die Risikozurechnung entgegen der Wertung des § 459 I BGB verschuldensabhängig ausgestalten.

Ausschlaggebend ist vielmehr das „Wissen-Müssen“ um die Verwendungsplanung und die generell-typische Möglichkeit, einen Planungsfehler zu erkennen und zu vermeiden. Von daher leuchtet es sofort ein, daß der Kleinaktionär, der sein Mitgliedschaftsrecht veräußert, nicht für den Zustand des Unternehmens zu haften braucht. Er hat keinen zuverlässigen Einblick in die Unternehmenswirklichkeit.⁴⁴¹ Die Situation ändert sich jedoch, wenn der Verkäufer eine beherrschende Gesellschafterstellung besitzt,⁴⁴² kraft derer er sich über den Zustand der der Gesellschaft gehörenden Objekte besser als der Nachfrager zu informieren vermag.^{442a} Dieser Beherrschbarkeitsvorsprung existiert nicht nur dann, wenn der Gesellschafter – wie häufig bei der Ein-Mann-GmbH – zugleich das geschäftsführende Organ der Gesellschaft ist, sondern auch dort, wo der Verkäufer aufgrund seiner beherrschenden Position umfassende Prüfungsmaßnahmen nach Belieben durchzusetzen vermag.⁴⁴³

Bei den der Gesellschaft zustehenden Rechten und insbesondere bei den gegen sie begründeten Ansprüchen muß man sogar von einseitiger Beherrschbarkeit sprechen. Man wird daher dem Verkäufer nicht nur die Gefahr sinnlosen Aufwandes, sondern in Parallele zu § 437 BGB auch die Gefahr eines Ausfalles der geplanten Bedürfnisbefriedigung zuweisen müssen, falls beispielsweise die in der vorgelegten Bilanz angegebenen Passiva nicht vollständig aufgeführt sind.⁴⁴⁴ Voraussetzung für eine derartige Risikozurechnung ist freilich immer, daß die für die Planung des Käufers relevanten Eigenschaften des Unternehmens für den Verkäufer erkennbar⁴⁴⁵

⁴⁴⁰ U. Huber, ZGR 72, 408ff, 411, der vom Ansatz *Flumes* her versucht, Konkretisierungselemente für die nach Treu und Glauben vereinbarten Eigenschaften des Mitgliedschaftsrechtes zu erarbeiten.

⁴⁴¹ Auf diesen topos heben auch *Flume*, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 189; *Wiedemann*, Festschrift Nipperdey (1965) Bd. I, S. 830, ab.

⁴⁴² So im Ergebnis auch *Neumann-Duesberg*, WM 68, 502.

^{442a} Vom Ansatz her ähnlich *Hommelhoff*, ZHR 140 (1976), 274, der § 459 BGB als Ausfluß der Sachherrschaft versteht. Er interpretiert allerdings § 459 BGB nicht von der durch die Sachherrschaft vermittelten abstrakten Beherrschbarkeit, sondern von der Sachherrschaft selbst her (aaO, S. 275). Konsequenter richtet er deshalb die Sachmängelhaftung beim Verkauf von Gesellschaftsanteilen daran aus, inwieweit dem Käufer Leitungsmacht an dem Unternehmen verschafft werden soll und verschafft werden kann (aaO, S. 280, 283 ff.).

⁴⁴³ Vgl. RG, JW 36, 1886.

⁴⁴⁴ So auch *Flume*, Eigenschaftsirrtum aaO, S. 194; *Loos*, MDR 62, 172; *Schlosser*, Anm. zu BGH, JZ 69, 336; wohl auch *Larenz*, SchR II, S. 120; einschränkend *Huber*, ZGR 72, 413; vgl. aber auch S. 407.

⁴⁴⁵ Zur Bedeutung der „Erkennbarkeit“ der Verwendungsplanung des Gläubigers für die Risikozurechnung siehe oben S. 150. Eine Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit ist demnach immer nur möglich, wenn dem Schuldner die zur Sphäre des Gläubigers gehörende Verwendungsplanung auf der Grundlage *verkehrsüblicher Sorgfalt* „erkennbar“ war oder sie verkehrsüblich war und sich somit ebenfalls im Bereich des mit angemessenem Aufwand Erkennbaren bewegte.

geworden sind.⁴⁴⁶ Man darf daher nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß der Käufer die in der Bilanz angeführten Daten für vollständig und richtig gehalten hat; denn beim Verkauf eines Unternehmens ebenso wie beim Verkauf der Mitgliedschaftsrechte wird der Käufer normalerweise damit rechnen, daß die Bilanz den aktuellen Zustand des Unternehmens nicht vollkommen exakt widerspiegelt. Seine Verwendungsplanung wird er vielmehr regelmäßig auf die Annahme gründen, daß die Bücher nach kaufmännischen Grundsätzen gründlich geführt sind und innerhalb dieses Spielraums keine Fehler aufweisen. Sind die Bücher allerdings unordentlich geführt oder gar manipuliert worden, so muß sich der Verkäufer, der eine beherrschende Stellung eingenommen hat, die Störung der Verwendungsplanung voll zu rechnen lassen.

bb) Hoheitliche Bauverbote beim Verkauf von Grundstücken

Größere Schwierigkeiten bereiten demgegenüber aus der Sicht des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens diejenigen Verwendungsstörungen, die durch *Bauverbote* und falsche Erwartungen über die *Lage des Grundstückes* ausgelöst werden, – Sekundärzweckstörungen also, die von der Rechtsprechung⁴⁴⁷ grundsätzlich als Sachmängel des Grundstückes anerkannt sind.

Nicht alle Bauverbote fallen in die Kategorie der „sphärenneutralen“ Verwendungsstörungen. Soweit Bauhindernisse aus der besonderen Beschaffenheit des Grundstückes entspringen, wie einem zu hohen Grundwasserstand, der eine ordnungsgemäße Abwasserbeseitigung ausschließt, sind sie der Sphäre des Verkäufers zuzurechnen. Zur „neutralen“ Sphäre sind jedoch all die Bauverbote zu zählen, die an die äußerlich erkennbare Lage des Grundstückes anknüpfen. Dazu gehört zum Beispiel die Erschließung des Grundstückes durch Straßen und die Art der umliegenden Bebauung (§§ 19, 35 BBauG). Ferner ist an die satzungsgemäßen Baubeschränkungen zu denken, die nicht von einer bestimmten Umgebung abhängig sind, sondern das Grundstück als katastermäßig individualisiertes Objekt treffen.

Auf den ersten Blick erscheint die Tatsache als ausschlaggebend, daß beide Parteien die *Rechtslage als solche* gleich gut erkunden können und darüber hinaus dem Käufer weder die Besichtigung des Grundstückes noch seine katastermäßige Individualisierung besondere Schwierigkeiten bereiten. Legt man das Schwergewicht auf diesen Umstand, so muß man sicherlich einen Informationsvorsprung des Verkäufers verneinen. Von dieser Wertung geht augenscheinlich auch § 436 BGB aus, der anordnet, daß der Verkäufer nicht für die Freiheit des Grundstückes von öffentlichen Abgaben und anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung ins Grundbuch nicht geeignet sind, haftet, – d.h. weder Schadensersatz zu leisten, noch die Gefahr in Kauf zu nehmen hat, daß seine Investitionen sinnlos bleiben.

Trotz der frappanten Ähnlichkeit einer Sekundärzweckstörung infolge von öffentlichen Abgaben, wie Straßenbaulasten einerseits und Bebauungshindernissen auf

⁴⁴⁶ Zutreffend daher *Huber*, ZGR 72, 405 ff. *Hommelhoff*, ZHR 140 (1976), 293.

⁴⁴⁷ RGZ 69, 356; 131, 348 f; 161, 194; 161, 330 ff; RG, JW 13, 597; Warn 1911, Nr. 368; BGH, BB 1965, 1291; WM 69, 274; 71, 528 f; NJW 73, 1234.

Grund von Flächennutzungs- oder Bebauungsplänen andererseits, hat sich die h. M. nicht zu einer Analogie zu § 436 BGB bereitgefunden. Das RG^{447a} begründet dies einfach mit dem Wortlaut des § 436 BGB. Flume⁴⁴⁸ räumt den Konflikt durch eine Auslegung des Vertrages aus dem Wege. Die Parteien, die von der Bebaubarkeit des Grundstückes ausgehen, würden regelmäßig den § 436 BGB abbedingen. Sellner⁴⁴⁹ endlich restringiert § 436 BGB mit dem Argument, der historische Gesetzgeber habe den heutigen Umfang der planungsrechtlichen Bebauungsbeschränkungen nicht vor Augen gehabt und ihnen auch nicht gerecht werden können.

Die Unhaltbarkeit der reichsgerichtlichen Argumentation braucht hier nicht weiter bewiesen zu werden. Ebenso wenig überzeugend ist aber auch der Ansatz Flumes; denn er benutzt den Vertrag dazu, das dispositive Recht zu überspielen. Mit gleichem Recht müßte man sagen, daß auch der Käufer, der erkennbar von einer bestimmten Lastenfreiheit des Grundstückes ausgeht, das Risiko seines Irrtums auf den Verkäufer abwälzt, obwohl ihm § 436 BGB dieses Risiko aufbürdet. Bevor man sich also der Theorie Flumes anschließen kann, muß bewiesen werden, warum § 436 BGB nicht auf Bauverbote paßt. Dazu genügt es nicht, darzutun, daß Bauverbote früher seltener waren. Dieser Umstand spielt keine Rolle, wie § 436 BGB erhellt, der den Verkäufer entlastet, obgleich öffentliche Abgaben bei Schaffung des BGB durchaus üblich gewesen sein dürften. Im Gegenteil könnte man gerade wegen der Üblichkeit der Bauverbote behaupten, daß heute der Käufer eines Grundstückes allen Anlaß hat, sich über die Existenz dieser Störungsfaktoren zu vergewissern.

Eine Zurechnung des Aufwandsrisikos hängt sowohl bei Verwendungsstörungen, die durch eine unzulängliche Berücksichtigung von öffentlichen Abgaben verursacht worden sind, als auch bei der Unmöglichkeit plangemäßer Nutzung infolge von Bauverboten davon ab, an welchen Kriterien man den Beherrschbarkeitsvorsprung des Veräußerers mißt. Stellt man lediglich darauf ab, daß der zentrale Planungsfaktor, die Gesetzeslage, in der neutralen Sphäre liegt, und daß sich der Käufer die anderen, für die Beurteilung der Rechtslage erforderlichen Daten wie die Katasterbezeichnung ohne weiteres zu beschaffen vermag, so ist das Risiko dem Käufer aufzuerlegen. Die Rechtsentwicklung hat jedoch gezeigt, daß schon *relativ geringe Informationsvorteile des Verkäufers* genügen, um ihm das Risiko aufzubürden. Sie entspringen in erster Linie der Tatsache, daß etwaige Baubeschränkungen zuerst für den Eigentümer Bedeutung erlangen, der ihnen deshalb auch besondere Aufmerksamkeit schenken und sie laufend verfolgen wird. Das gilt insbesondere für die als Ortsrecht erlassenen Bau- und Flächennutzungspläne, die für die Grundstücke individuelle Regelungen treffen und daher regelmäßig von den Personen stärker zur Kenntnis genommen werden, deren Grundstücke sie unmittelbar erfassen.⁴⁵⁰ Vom

^{447a} RGZ 131, 349.

⁴⁴⁸ Flume, *Eigenschaftsirrtum* aaO, S. 167f.

⁴⁴⁹ Sellner, MDR 71, 172.

⁴⁵⁰ Dies rechtfertigt auch die Entscheidung des RG (JW 34, 1411 f), in der die Versagung der Schankerlaubnis als Mangel des Mietgrundstückes bezeichnet wird, wenn wegen der Zahl, Art,

Verkäufer kann man daher eher erwarten, daß er die Gefahr einer aktuellen Baubeschränkung durch Bauleitpläne abschätzen kann, die der für ihn erkennbaren Verwendungsplanung im Wege stehen. Gleiches gilt für die Bauverbote, die an die besondere Lage des Grundstücks in seiner Umgebung anknüpfen. Die hierfür relevanten Daten vermag der Verkäufer als Besitzer des Grundstückes effizienter als der Käufer zu ermitteln, der besondere Kosten aufwenden mußte, um das Grundstück zu besichtigen. Der Informationsvorsprung wird dadurch verstärkt, daß der Verkäufer längere Zeit Gelegenheit besaß, die Nutzbarkeit seines Grundstückes zu erkunden.

Von daher erscheint es auch als gerechtfertigt, den Verkäufer dafür einstehen zu lassen, daß das Grundstück nicht die *Lage* aufweist, von der der Käufer erkennbar⁴⁵¹ ausgeht.⁴⁵² Will der Käufer ein Grundstück erwerben, das einen Blick auf einen See gestattet, so vermag der Verkäufer diesen Planungsfaktor typischerweise leichter auf seine Übereinstimmung mit der Realität hin zu überprüfen. Von größerer Bedeutung ist diese Risikoverteilung beispielsweise für den Mieter, der nach Prospektangaben eine weit entfernt liegende Ferienwohnung anmietet.⁴⁵³

Rechnet man dem Verkäufer in diesem weiten Umfang⁴⁵⁴ das Verwendungsstörungsrisiko zu, so muß man auch umgekehrt den § 436 BGB *restringieren*. Die Norm wird dadurch nicht hinfällig, da sie weiterhin – vom Standpunkt des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips aus zutreffend – verhindert, daß den Schuldner eine Schadensersatzpflicht trifft. Der Verkäufer wird durch die Restrik-

Lage und Entfernung konkurrierender Gaststätten ein Bedürfnis für eine Schankgenehmigung verneint wird.

⁴⁵¹ Siehe Fn. 445.

⁴⁵² So im Ergebnis auch RGZ 161, 335; RG WarnR 1911, 368; *Larenz*, SchR II, S. 35; *Erman-Weitnauer*, BGB, § 459 Anm. 4; *Beuthien*, Zweckerreichung, aaO, S. 171. Die in diesem Zusammenhang herangezogene „Venusberg“-Entscheidung ist nur beschränkt einschlägig; denn in Hinblick auf Störungen, die erst nach Vertragsschluß wirksam werden, besitzt der Verkäufer im Moment der Kauf- oder Mietvereinbarung nur in sehr beschränktem Umfang einen Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprung. So durfte dem bei Vertragsschluß gültigen Bebauungsplan zufolge das Nachbargrundstück nicht bebaut werden. Der Bebauungsplan wurde erst nach Vertragsschluß geändert, – ein Risiko, das, wenn nicht schon entsprechende Überlegungen der zuständigen Stellen bekannt geworden waren, von beiden Parteien gleich gut bewertet werden kann. Die Besonderheit des Falles liegt darin, daß gerade der Verkäufer kurze Zeit nach Abschluß des Kaufvertrages die Änderung des Bebauungsplanes erwirkte. Dieses Verhalten stellt ein klares *venire contra factum proprium* dar, das sich der Verkäufer als Beherrscher der Störung zurechnen lassen muß. Es begründet aber keinen Sachmangel. Dies zeigt deutlich eine Modifizierung des Falles. Wäre die Änderung des Bebauungsplanes von dritter Seite erwirkt worden und hätten nicht besondere Umstände für einen Informationsvorsprung des Verkäufers gesprochen, so hätte es die Käuferin hinnehmen müssen, daß sie zu Unrecht auf den Fortbestand der bei Vertragsschluß gültigen, für sie günstigen Rechtslage vertraut hatte.

⁴⁵³ Gleiches gilt für Störungen durch Straßenlärm. Vgl. dazu *Speiser*, NJW 78, 19ff m. Nachw. zum Diskussionsstand.

⁴⁵⁴ Als Zurechnungsschranke gilt hier natürlich ebenso wie bei der Sachmängelgewährleistung Kenntnis und grobe Fahrlässigkeit des Käufers. Vgl. hierzu 3. Kap. Fn. 239.

tion nur der Gefahr ausgesetzt, daß die Gegenleistung ausbleibt und deshalb seine Investitionen ungedeckt bleiben. Freilich bedeutet die Restriktion des § 436 BGB nicht, daß sich der Käufer schon immer dann vom Vertrag lösen könnte, wenn er mit bestimmten Abgaben oder Lasten nicht gerechnet hat. Seine Verwendungsplanung muß nämlich für den Verkäufer erkennbar⁴⁵⁵ geworden sein, damit ihm das Sekundärzweckrisiko kraft abstrakten Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprunges zugerechnet werden kann. Sind bestimmte Abgaben *üblich*, so darf der Verkäufer davon ausgehen, daß sich der Käufer ausreichend über die öffentliche Belastung des Grundstückes informiert hat, es sei denn, daß er um Aufklärung gebeten hat. Bei *unüblichen Lasten* liegt es hingegen für den Verkäufer in der Regel nahe, daß dieser Faktor aller Wahrscheinlichkeit nach in der Verwendungsplanung des Käufers unberücksichtigt geblieben ist. Hier hat der Verkäufer allen Anlaß, den Käufer vor Fehlplanungen zu bewahren. Tut er das nicht, so muß er sich die Störung aufgrund seines Beherrschbarkeitsvorsprunges zurechnen lassen.

Daraus folgt natürlich nicht, daß der Verkäufer immer mit einem für ihn unübersehbaren Risiko belastet wäre. Weist er den Käufer darauf hin, daß er über das Ausmaß der öffentlichen Lasten nicht Bescheid wisse, so kann ihm das daraus resultierende Sekundärzweckstörungsrisiko nicht auferlegt werden.⁴⁵⁶ Das erhellt der „*Bockenheimer-Grundstückskauf*“-Fall.⁴⁵⁷ Der Käufer hatte ein Grundstück für 6000 Mark erworben und im Vertrag die auf das Grundstück entfallenden Straßenanlagekosten übernommen, nachdem ihm der Bürgermeister in Gegenwart des Verkäufers gesagt hatte, daß sie 530 Mark betragen würden. Später stellte sich heraus, daß sie sich auf 3680 Mark belaufen. Der Umstand, daß der Bürgermeister über die Höhe der Straßenbaukosten Auskunft geben sollte, machte hier dem Käufer deutlich, daß der Verkäufer glaubte, keine sicheren Angaben über eine spätere Belastung des Grundstückes machen, das Risiko also nicht beherrschen zu können. Läßt sich der Käufer trotzdem auf das Geschäft ein und vertraut er auf die Auskünfte des der neutralen Sphäre zuzuordnenden Bürgermeisters, so geht dies auch dann zu seinen Lasten, wenn nicht ausdrücklich die Übernahme der Straßenanlagekosten vereinbart worden sein sollte.⁴⁵⁸

cc) Einflußnahme des Schuldners auf die Verwendungsplanung

In den Bereich der dem Schuldner aufgrund eines Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprunges zurechenbaren Sekundärzweckstörungen sind ferner unter bestimmten Voraussetzungen Geschäfte einzuordnen, bei denen *der Schuldner seine Unterstützung zur Nutzung* der Leistung anbietet. Der Schuldner schaltet sich bei derartigen Austauschverhältnissen intensiver als üblich in die Verwendungsplanung ein, so daß ihm daraus ein Informationsvorteil erwachsen kann. Freilich ist immer genau zu prüfen, ob der Schuldner, der an der Verwendungsplanung partizipiert,

⁴⁵⁵ Siehe 3. Kap. Fn. 239.

⁴⁵⁶ Siehe oben S. 151 f.

⁴⁵⁷ RGZ 19, 260 ff.

⁴⁵⁸ So im Ergebnis auch RGZ 19, 260; ebenso Larenz, GG, S. 45.

auch wirklich in Hinblick auf alle „von außen“ kommenden Störungen über einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung verfügt. Der Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung muß im Einzelfall nach generell-typischen Kriterien nachgewiesen werden. Das zeigen sowohl der „*Gaststätteninventar*“-Fall als auch der „*Pacht*“-Fall, in denen die Rechtsprechung das Verwendungsrisiko zu Unrecht dem Schuldner zugerechnet hat.

In dem bereits erwähnten⁴⁵⁹ „*Gaststätteninventar*“-Fall⁴⁶⁰ wollte der Käufer eine Gaststätte errichten. Er kam mit einem Hersteller von Ladeneinrichtungen in Verbindung, der mit den Eigentümern eines noch im Bau befindlichen Hauses einen langfristigen Mietvertrag zum Betrieb einer Gaststätte geschlossen hatte. Der Käufer übernahm vom Hersteller, der derartige Koppelungsgeschäfte offensichtlich häufiger tätigte, alle Rechte sowie Pflichten aus dem Mietverhältnis und verpflichtete sich, beim Hersteller die gesamte Inneneinrichtung zu bestellen. Der Ausbau des Hauses wurde bald nach Vertragsschluß stillgelegt, so daß sich der Käufer entschloß, eine andere Gaststätte zu eröffnen.

Der BGH erlaubte dem Käufer, sich vom Vertrag loszusagen. Dabei stützte er sich auf zwei Erwägungen. Den Käufer treffe die Verzögerung des Baues ungleich härter, weil er darauf angewiesen sei, mit der zu eröffnenden Gaststätte seinen Lebensunterhalt zu verdienen, während der Hersteller die Möglichkeit habe, einen anderen Interessenten für die Gaststätte zu finden oder sie notfalls durch einen Geschäftsführer betreiben zu lassen. Vor allem aber hafte die Gefahr der Sekundärzweckstörung dem Mietvertrag an, den der Hersteller selbst geschlossen und an den Käufer übertragen habe.

Das erste Argument, das die Absorbierbarkeit eines Risikos an den Vermögensverhältnissen und dem Lebenszuschnitt der Parteien mißt, ist jedenfalls in Zeiten geordneter wirtschaftlicher Verhältnisse völlig systemfremd.⁴⁶¹ Von Bedeutung ist daher nur die zweite Erwägung, in der der Beherrschbarkeitsgedanke anklingt. Sie hält indessen näherer Überprüfung nicht stand. Unterstellt man nämlich, daß der Käufer sich den Mietvertrag über die im Ausbau befindlichen Räume von einem Dritten gegen Entgelt übertragen läßt, so wird klar, daß ein Fall einer Fehleinschätzung der Bonität des Vermieters als Drittschuldner vorliegt. Der Käufer eines Mietvertrages befindet sich in Hinblick auf den Anspruch auf Gebrauchsüberlassung in der gleichen Lage wie der Käufer einer sonstigen Forderung. Beide Male hängt die Realisierbarkeit, d. h. die programmgemäße Verwendbarkeit der von ihm erworbenen Forderung von der Fähigkeit des Drittschuldners ab, plangemäß zu leisten. Beide Male muß dann aber auch der Grundsatz gelten, daß die Gefahr der Bonität des Drittschuldners der Erwerber zu tragen habe, weil nach den hier maßgeblichen generell-typischen Kriterien⁴⁶² der Veräußerer die Bonität nicht besser als der Er-

⁴⁵⁹ Siehe oben S. 31.

⁴⁶⁰ BGH, DB 68, 524.

⁴⁶¹ Siehe oben S. 89 ff.

⁴⁶² Siehe oben S. 171 f, 184 ff.

werber zu beurteilen in der Lage ist, selbst wenn er mit dem Drittschuldner den Vertrag geschlossen hat, aus dem die veräußerten Rechte entspringen.

An dieser Risikoverteilung kann sich durch den gleichzeitigen Kauf von Inventar und Mietvertrag beim selben Verkäufer nichts ändern.⁴⁶³ Der Veräußerer erlangt durch diese Koppelung keinerlei bessere Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten in Hinblick auf die Ursachen der Sekundärzweckstörung, die mangelnde Bonität des Vermieters.⁴⁶⁴

Aus dem Umstand allein, daß der Verkäufer wußte, der Käufer habe am Inventar nur ein Interesse, wenn ihm rechtzeitig ein geeignetes Lokal zur Verfügung gestellt werde,⁴⁶⁵ vermag man ebenfalls keinen Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprung herzuleiten. Die Kenntnis von der Verwendungsplanung ist nur eine Voraussetzung für die Steuerbarkeit des Risikos. Sie erübrigt nicht einen Informationsvorsprung in Hinsicht auf die aus der neutralen Sphäre stammenden Gefahren, die die Planung umwerfen können. Allenfalls wäre daran zu denken, den Absorptionsvorsprung des Verkäufers mit der Tatsache zu begründen, daß dieser derartige Geschäfte häufiger tätigte. Sie allein genügt jedoch nicht, da sich gerade im Hinblick auf die Bonität von Drittschuldnern, mit denen der Verkäufer in keinen intensiven Beziehungen steht, nur verhältnismäßig schlecht zuverlässige Erfahrungssätze herausbilden werden. Der Entscheidung des BGH könnte deshalb nur unter der Bedingung zugestimmt werden, daß nachgewiesen wird, der Verkäufer habe erkennbar einen besseren Zugang zu bestimmten für die Beurteilung der Bonität wesentlichen Faktoren besessen. Dafür enthält das Urteil indessen keinerlei Anhaltspunkte.

Der für die Zurechnung an den Schuldner erforderliche Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung fehlt auch im „Pacht“-Fall.⁴⁶⁶ Dort hatte ein Gewerbetreibender einen Arbeitnehmer für einen neu einzurichtenden Gewerbebetrieb verpflichtet, nachdem ihm der Arbeitnehmer eine Pachtmöglichkeit für den neuen Betrieb nachgewiesen hatte. Noch vor Arbeitsaufnahme stellte sich heraus, daß ein Pachtvertrag über die Betriebsräume nicht zustande kommen konnte. Aus dem Urteil ist der Grund, aus dem der Abschluß des Pachtvertrages scheiterte, nicht ersichtlich, so daß hier nur hypothetische Erwägungen angestellt werden können.

Einen Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung des Arbeitnehmers wird man beispielsweise im Hinblick auf die Lage der Räume oder die grundsätzliche Bereitschaft des Verpächters, die Räume zu verpachten, bejahen können. Er fehlt jedoch vollkommen in Hinblick auf die betriebliche Eignung der Räume oder auf die endgültigen Preisvorstellungen des Verpächters, zumal wenn sich diese erst nach

⁴⁶³ Anderer Ansicht Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 151; Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 460. Siehe dazu auch die Ausführungen oben S. 31.

⁴⁶⁴ Zu helfen ist dem Erwerber nur, wenn den Veräußerer ein Verschulden bei Vertragsschluß trifft. Dafür bestehen im „Gaststätteninventar“-Fall Anzeichen, da der Ausbau des Hauses schon bei Vertragsschluß ins Stocken geraten war.

⁴⁶⁵ So die Begründung von Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 151.

⁴⁶⁶ LAG Bremen, BB 55, 227.

Vertragsschluß herauskristallisiert haben. Unter diesen Umständen muß der Gläubiger die Folgen seines voreiligen Handelns auf sich nehmen. Man darf mithin bei der Verteilung des Risikos das Augenmerk nicht allein darauf richten, daß der Arbeitnehmer durch seinen Hinweis auf die Pachtmöglichkeit den Entschluß des Arbeitgebers zum Vertragsschluß verursacht hat.⁴⁶⁷ Dieser Hinweis liegt lediglich auf der Ebene des Rates, für den der Ratgeber nicht einzustehen hat (§ 676 BGB). Demgegenüber fällt die Tatsache, daß der Arbeitgeber durch den Vertragsschluß die Leistungskapazität des Arbeitnehmers an sich gebunden und dadurch dessen Chance geschmälert hat, rechtzeitig eine anderweitige Stellung zu finden, bedeutend stärker ins Gewicht.

Auf der Grenze liegt der „Fertighaus“-Fall.⁴⁶⁸ Ein Hersteller von Fertighäusern hatte seinen Absatz dadurch zu erhöhen versucht, daß er einen Makler eingeschaltet hatte, der seinen Kunden die Pacht von Grundstücken vermitteln sollte, auf denen die Fertighäuser aufgestellt werden konnten. Im konkreten Falle wurde dem Käufer zwar ein Grundstück vermittelt; die Baubehörde versagte jedoch die Aufstellungsgenehmigung.

Der BGH wies dem Hersteller das Sekundärzweckstörungsrisiko mit dem Argument zu, der Käufer habe dem Verkäufer gegenüber deutlich zum Ausdruck gebracht, er habe an den Fertighäusern nur ein Interesse, wenn er sie auch aufstellen könne. Andererseits habe auch der Verkäufer vorgetragen, er hätte den Verkauf nicht getätigt, wenn er gewußt hätte, daß die Häuser nicht auf den vermittelten Grundstücken errichtet werden könnten. Diese Begründung ist jedoch nicht stichhaltig;⁴⁶⁹ denn die Entscheidung dieses Falles darf sich nicht ändern, wenn der Verkäufer vorgetragen hätte, ihm sei es allein um die Veräußerung von Fertighäusern gegangen und er sei der Meinung gewesen, daß die Gefahr der Bebaubarkeit der Grundstücke in den Risikobereich des Käufers gefallen sei.⁴⁷⁰ Maßgeblich ist vielmehr, ob der Verkäufer das Risiko besser als der Käufer zu steuern vermochte. Der in der veröffentlichten Entscheidung mitgeteilte Sachverhalt läßt kein abschließendes Urteil zu. Man muß daher mehrere hypothetische Fallvarianten in Erwägung ziehen.

Hat sich der Verkäufer verpflichtet, ein den Wünschen des Käufers entsprechendes Grundstück zu beschaffen, dann ist die Risikozurechnung nicht weiter problematisch, weil der Verkäufer noch nicht erfüllt hat. Hat der Verkäufer aber lediglich versprochen, den Käufer mit einem Makler in Kontakt zu bringen, der geeignete Grundstücke an der Hand habe, so geht das Verwendungsrisiko sicherlich auch dann zu seinen Lasten, falls er darauf bestanden hat, daß der Kaufvertrag geschlossen wird, bevor er die Adresse des Maklers nennt; denn unter diesen Umständen hätte der Käufer keinerlei Möglichkeit besessen, die Bebaubarkeit der Grundstücke nachzuprüfen. Diese Variante ist freilich recht unwahrscheinlich. Der Verkäufer wird nämlich dem Käufer vor Abschluß des Kaufvertrages eine Besichtigung des Grundstückes und damit auch die selbständige Kontrolle der Bebaubarkeit ermöglicht haben, da kaum anzunehmen ist, daß sich der Käufer auf eine vage Vermittlungschance eingelassen hätte.

⁴⁶⁷ So aber Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 149.

⁴⁶⁸ BGH, LM 15 a zu § 242 (Bd) BGB = JZ 66, 409.

⁴⁶⁹ Kritisch auch Stötter, JZ 67, 147f, dessen Argument, der BGH hätte eine von der gesetzlichen Risikoverteilung abweichende vertragliche Risikoverteilung nachweisen müssen, allerdings nicht durchschlägt, da es im Rahmen der Figur von der Geschäftsgrundlage ja gerade um eine Korrektur der ursprünglichen gesetzlichen Risikoverteilung geht. Zutreffend Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 150.

⁴⁷⁰ Nicht zu überzeugen vermögen auch Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 151; Emmerich, in: Grundlagen aaO, S. 460, die auf den formalen Selbstwiderspruch abstellen.

In der letzten Fallvariante, in der der Käufer das Grundstück kannte, ist ein Beherrschbarkeitsvorsprung des Verkäufers recht zweifelhaft. Selbst wenn man unterstellt, daß der Makler über die besseren Erkenntnismöglichkeiten verfügte, so heißt das doch nicht, daß sie sich der Verkäufer zurechnen lassen muß.

Den Informationsvorsprung des Maklers könnte man mit seiner beruflichen Spezialisierung erklären, ein *topos*, der auch schon im Zusammenhang mit dem Leistungsschwerungs- und Primärzweckstörungsrisiko aufgetaucht ist. Kraft dieser beruflichen Spezialisierung kann man vom Makler erwarten, daß er die Bebauungsschranken eines Grundstückes effizienter in Erfahrung bringt. Damit ist indessen noch nicht die Brücke zum Verkäufer geschlagen. Hat der Verkäufer den Käufer nur in einem Einzelfall an den Makler verwiesen, so liegt dieser Hinweis auf der Ebene des Rates, für den der Hersteller nicht einzustehen hat.⁴⁷¹ Anders stellt sich die Rechtslage dar, falls Makler und Verkäufer *ständig zusammenarbeiten*, zumal wenn der Verkäufer die Tätigkeit des Maklers selbst bezahlte. Unter derartigen Voraussetzungen wird man einen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Herstellers bejahen können. Er beruht auf den stärkeren Einflußmöglichkeiten des Herstellers sowie auf einer längeren Berufspraxis, kraft deren er selbst die mit Hilfe des Maklers vermittelten Grundstücke auf ihre Bebaubarkeit hin hätte überprüfen und von daher die Zuverlässigkeit des Maklers hätte genauer beurteilen können.⁴⁷² Die *ständige Beauftragung* schuf auch die Basis für laufende Rücklagen, mit deren Hilfe der Hersteller etwaige Fehlgriiffe des Maklers auffangen konnte. Der Hersteller, der den Absatz seiner Fertighäuser mit einer laufenden Bereitstellung von geeigneten Grundstücken fördern will, darf sich somit dem Vertrauen, das der Käufer aus der ständigen Beschäftigung des Herstellers mit dem Nachweis passender Objekte ableitet, nicht dadurch entziehen, daß er einen selbständigen Makler einschaltet; es sei denn, er hätte den Käufer darauf hingewiesen, daß er auf den Makler keinerlei Einfluß nehmen oder jedenfalls dessen Zuverlässigkeit nicht beurteilen könne. Im Ergebnis dürfte demnach der BGH zu Recht das Verwendungsrisiko dem Hersteller zugewiesen haben.

dd) Finanzierte Abzahlungsgeschäfte

Eine gewisse Rolle spielt schließlich der Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung der Bank bei den viel diskutierten Problemen der Sekundärzweckstörung, die im Gefolge von *finanzierten Ratenkäufen* auftreten können.⁴⁷³

Die gebräuchlichste Form des finanzierten Ratenkaufs, das sogenannte B-Geschäft,⁴⁷⁴ ist durch ein Zusammenwirken von Käufern als Nachfrager von Sach- und Kreditleistungen, Verkäufern und Banken gekennzeichnet. Üblicherweise legt der Verkäufer dem Käufer als Kreditnachfrager ein Vertragsformular zu einem Antrag auf Darlehensgewährung vor. Das Darlehen ist abredgemäß ausschließlich dazu

⁴⁷¹ Unter dieser Voraussetzung zutreffend *Goltz*, Motivirrtum aaO, S. 250 Fn. 412; *Medicus*, Bürgerliches Recht, S. 68; a. A. *Teichmann*, Leistungsstörungen aaO, S. 64, der lediglich auf die Erheblichkeit der Störung abstellt, um das Verwendungsrisiko auf den Verkäufer zu verlagern.

⁴⁷² Hierin liegt der Unterschied zum „Gaststätteninventar“-Fall (s. S. 348). Dort hatte der Verkäufer nicht mit einem bestimmten Vermieter längere Zeit zusammengearbeitet, sondern Mietverträge mit *wechselnden* Vermietern abgeschlossen, deren Bonität er mangels eines Einblickes in deren Interna, insbesondere mangels Kenntnis ihrer Schulden nicht zuverlässig abschätzen konnte.

⁴⁷³ Zum Streitstand vgl. statt aller *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 691 ff.

⁴⁷⁴ Eingehende Darstellung: *Esser*, Festschrift Kern, S. 87 ff.

bestimmt, die Restkaufschuld aus dem Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer abzudecken. Der Verkäufer erhält bei Annahme des Kreditantrages und der Lieferung der Kaufsache unmittelbar durch die Bank Barzahlung, während der Käufer verpflichtet wird, das Darlehen in Höhe des Restkaufpreises samt Bearbeitungsgebühren und Zinsen an die Bank in Raten zurückzuerstatten. Im Verhältnis zwischen Verkäufer und der Bank liegt in der Regel ein Rahmenvertrag vor, kraft dessen sich die Bank bereit erklärt, solventen Kunden des Verkäufers Darlehen zu gewähren und der Verkäufer sich verpflichtet, die Mithaftung für die Darlehensschuld zu übernehmen.

Beim sogenannten B-Geschäft muß der Käufer also zwei Verträge⁴⁷⁵ mit unterschiedlichen Vertragsparteien eingehen, um sein Ziel, die sofortige Nutzung des Kaufobjektes, zu erreichen. Ist nun das Kaufobjekt mangelhaft oder wird es gar nicht geliefert, so wird hierdurch nicht nur der Kaufvertrag gestört. Auch das von der Bank zugesagte Darlehen kann nicht so wie geplant verwendet werden; denn das Darlehen sollte dem Käufer die alsbaldige,⁴⁷⁶ durch Mängel nicht beeinträchtigte Nutzung des Kaufobjektes ermöglichen. Ganz evident ist die Sekundärzweckstörung in dem Fall, in dem der Käufer weder das Kaufobjekt erhalten hat noch wegen einer Insolvenz des Verkäufers den Kaufpreis zurückerlangen kann und damit aus dem Darlehen keinerlei Nutzen zu ziehen vermag. Von daher stellt sich die Frage, ob und unter welchen Umständen die Bank die Folgen dieser Sekundärzweckstörung⁴⁷⁷ zu tragen hat.

In der Literatur⁴⁷⁸ und Rechtsprechung⁴⁷⁹ wird die Gefahr dieser Sekundärzweckstörung – teilweise begrenzt auf die durch eine Insolvenz des Verkäufers verschärfte Störung⁴⁸⁰ – der Bank unter Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben,⁴⁸¹ auf die rechtsethische Untragbarkeit,⁴⁸² auf die grobe Unbilligkeit⁴⁸³ einer rechtli-

⁴⁷⁵ Zur Kritik der sog. Einheitstheorie zutreffend *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 691; vgl. auch *Gilles*, JZ 75, 310 Fn. 64.

⁴⁷⁶ Anderer Ansicht *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 700, der nur das endgültige Scheitern des Kaufvertrages als Wegfall der Geschäftsgrundlage ansieht. Man wird jedoch sagen müssen, daß Sinn und Zweck des Darlehens der Intention aller Beteiligten des B-Geschäftes zufolge nicht nur im Kaufvertrag schlechthin liegt, sondern in der alsbaldigen, durch Mängel ungestörten Nutzung. Bei dem hier vertretenen Ansatz der Sekundärzweckstörung kommt es ohnehin nur auf die Planabweichung an.

⁴⁷⁷ An den Gedanken der Zweckstörung knüpfen auch *Canaris*, Bankvertragsrecht aaO, Anh. § 357 HGB, Anm. 700; *Esser*, Festschrift Kern, S. 104 ff; *Strätz*, JZ 72, 99; *Larenz*, Festschrift Michaelis; S. 203 ff mit weit. Nachw., an.

⁴⁷⁸ Vgl. statt aller *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 691 ff, 698 ff; *Gilles*, JZ 75, 305 mit weit. Nachw.

⁴⁷⁹ BGHZ 37, 99; weitere Nachw. bei *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 693, 704; *Gilles*, JZ 75, 307 ff.

⁴⁸⁰ BGH, WM 73, 233 f; vgl. auch *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 707, der in solchen Fällen eine abweichende Gestaltung durch AGB für unzulässig erklärt.

⁴⁸¹ BGHZ 47, 233 (241).

⁴⁸² BGH, NJW 73, 454.

⁴⁸³ BGHZ 37, 99 f.

chen Aufspaltung der Geschäfte⁴⁸⁴ sowie vor allem⁴⁸⁵ mit der mehr rational faßbaren Begründung angelastet, sie könne das Risiko besser beherrschen und absorbieren.⁴⁸⁶ Die Bank sei nämlich in der Lage, sich gegen die Folgen einer Sekundärzweckstörung ungleich besser als der Käufer zu schützen. Sie könne die Vermögenssituation des Verkäufers durchleuchten, aufgrund langfristig angelegter Verbindungen überwachen und Sicherheiten verlangen. Selbst einen etwaigen Ausfall beim Rücktritt trage die Bank letztlich nicht selbst, da sie den Verlust über die Kalkulation der Kreditkosten auf die Gesamtheit der Kreditnehmer abzuwälzen imstande sei. Diese Form der Risikobewältigung entspräche besser dem heutigen Rechtsempfinden, das es für angemessen hält, den durch einen Beteiligten verursachten Verlust auf eine Vielzahl von Kreditnehmern umzulegen, anstatt ihn den einen Käufer erleiden zu lassen, den er zufällig treffe.⁴⁸⁷

Es braucht hier nicht weiter betont zu werden, daß die Risikobelastung der Bank ausschließlich mit den Erfordernissen der Billigkeit sowie von Treu und Glauben unzureichend begründet ist. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber auch, daß das unterstützende und konkretisierende Beherrschbarkeits- und Absorptionselement gar nicht so stark zugunsten des Käufers in die Waagschale fällt, wie dies im allgemeinen behauptet wird.

Allein die Möglichkeit, etwaige Ausfälle auf die Gesamtheit der Kunden abzuwälzen, eröffnet keinen Absorptionsvorsprung; denn diese Form der Risikostreuung besteht bei allen Kreditformen, beispielsweise auch bei Darlehen, die sich der Käu-

⁴⁸⁴ *Gernhuber*, Festschrift Larenz, S. 460, bezeichnet dies zu Recht als beredten Ausdruck der Ratlosigkeit.

⁴⁸⁵ *Gilles*, JZ 75, 311 f spricht außerdem davon, man müsse den Kunden vor den spezifischen Gefahren bewahren, die aus dem planmäßigen Zusammenwirken von Bank und Verkäufer resultieren. Worin diese Gefahren im Unterschied zu den Fällen liegen, in denen der Kunde sich bei der Bank das Darlehen selbst verschafft, wird von Gilles nicht herausgearbeitet. Dies kann nicht mit dem Argument ersetzt werden, die typologische Vergleichsbasis für das B-Geschäft sei nicht etwa der Barkredit an den Kunden, sondern ein Ratenzahlungsgeschäft zwischen Kunde und Verkäufer; denn bevor man den typologischen Vergleich zieht, müßten die Wertungen eingehender herausgearbeitet werden, die dazu führen, daß der Ratenverkäufer bei Sachmängeln, Nicht- und Schlechterfüllung auch die Gefahr eines von ihm dem Kunden eröffneten und später nutzlos gewordenen Kredits trägt. (Vgl. *Leenen*, Typus und Rechtsfindung, S. 34 ff). Nach der hier vertretenen Ansicht wird dem Ratenverkäufer das Risiko sinnloser Bereitstellung von Kredit zugerechnet, weil er, der in Personalunion – in wirtschaftlicher Sicht – Kredit gibt und Ware bzw. Dienstleistung anbietet – die Gefahr einer reibungslosen Abwicklung des *gesamten* Vertrages bei Nicht- oder Schlechterfüllung bzw. Sachmängeln typischerweise besser beherrscht oder diese kraft seines Informationsvorsprunges zu absorbieren vermag. Von daher kann man in Fällen, in denen eine Bank dem Käufer Kredit gewährt, nicht ohne weiteres von einer typologischen Ähnlichkeit von B-Geschäft und Abzahlungskauf sprechen, nur weil Verkäufer und Bank zusammenarbeiten. Vgl. dazu näher unten S. 356 f.

⁴⁸⁶ Vgl. BGH, NJW 75, 173; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 707, 751 f; *Vollkommer*, Festschrift Larenz, S. 715; *Esser*, Festschrift Kern, S. 113 f; *Larenz*, Festschrift Michaelis, S. 210; *Gilles*, JZ 75, 312.

⁴⁸⁷ *Vollkommer*, Festschrift Larenz, S. 715; *Larenz*, Festschrift Michaelis, S. 211; *Gilles*, JZ 75, 312.

fer selbständig bei einer Bank beschafft, ohne daß bei der zweiten Kreditvariante eine Zurechnung des Verwendungsrisikos an die Bank vertreten werden würde. Allerdings besitzt die Bank normalerweise einen besseren Einblick in die Vermögensverhältnisse des Verkäufers, da sie die Krediteröffnung von einer Offenlegung der Bilanzen abhängig machen kann. Bei langfristigen Geschäftsverbindungen ist sie darüber hinaus in der Lage, das Geschäftsgefahren des Verkäufers laufend zu verfolgen und hieraus Rückschlüsse auf die Solvenz zu ziehen. Ferner kann sie sich dingliche Sicherheiten stellen lassen und den Verkäufer anhalten, bei ihr Sperrkonten anzulegen.

Ob die hier skizzierten Möglichkeiten allein zur Risikosteuerung und Risikoabsorption ausreichen, um der Bank *jede* im Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer begründete Einwendung oder Einrede zuzurechnen, erscheint indessen als recht zweifelhaft.

Beruhet die Sekundärzweckstörung darauf, daß die Ware mangelhaft ist, so besitzt in Relation zur Bank der Käufer sogar einen Beherrschbarkeitsvorsprung, weil er das Kaufobjekt aussucht, es besichtigen und die Annahme fehlerhafter Ware verweigern kann.

Aber auch in Hinblick auf die Gefahr, daß der Verkäufer insolvent wird und der Käufer deshalb seine Gewährleistungsansprüche oder sonstige Forderungen aus einem notleidenden Kaufverhältnis nicht durchzusetzen vermag, ist der Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung der Bank nicht so groß, wie das zunächst den Anschein hat. Die Bank mag vielfach bei Einsatz entsprechenden Aufwandes verhindern können, daß sie Abzahlungskäufe finanziert, obwohl die Vermögensverhältnisse des Verkäufers schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zerrüttet sind. Daß sie das Risiko nahezu immer zu beherrschen imstande ist, ist damit jedoch noch nicht dargetan. Die Bank befindet sich bei der Finanzierung eines Abzahlungskaufes zwar nicht in der gleichen, aber doch in einer *ähnlichen Lage* wie der *Verkäufer einer Forderung*.⁴⁸⁸ Sie kann sich zwar die Bilanzen vorlegen lassen und Informationen über den Geschäftsgang einziehen. Gleichwohl kann auch sie nicht voll in die Interna des Verkäufers eindringen, insbesondere den Stand der Passiva zuverlässig überblicken. Sie ist insoweit zum großen Teil auf das angewiesen, was ihr der Verkäufer freiwillig in seinen Büchern offenbart. Die Gefahr, daß der Verkäufer infolge unbekannter Passiva konkursreif ist, ohne daß dies die Bank hätte in Erfahrung bringen können, wird zugegebenermaßen umso geringer sein, je langfristiger die Geschäftsverbindung zwischen Bank und Verkäufer ist.⁴⁸⁹ Sie fehlt jedoch auch bei über lange Zeit hinweg florierenden Geschäftsverbindungen nicht ganz; denn große Verluste im privaten Bereich des Verkäufers können zu dessen schnellem Konkurs führen. Der Informationsvorsprung der Bank wird auch dadurch in Frage gestellt, daß die auf die Vermögenslage bei Vertragsschluß gegründeten Erkenntnisse umso weniger aussagekräftig sind, je größer der Zeitraum zwischen Vertrags-

⁴⁸⁸ Siehe oben S. 171 f, 184 ff.

⁴⁸⁹ Vgl. Löwe, NJW 71, 2304.

schluß und Insolvenz des Verkäufers ist; denn umgekehrt proportional zur Kreditdauer wächst die Wahrscheinlichkeit, daß unvorhersehbare Einflüsse auch bei Verkäufern Liquiditätsschwierigkeiten auslösen, deren finanzielle Basis für beide Parteien erkennbar durchaus solide war.

Die Bank vermag sich auch nicht immer hinreichend durch Sicherheiten gegen Verluste zu schützen, die sie im Falle einer Insolvenz des Verkäufers erleiden würde, wenn man die Einwendungen und Einreden des Käufers aus dem Kaufvertrag auch im Rahmen des Darlehensvertrages für beachtlich erklären würde. Dingliche Sicherheiten, die der Verkäufer zu stellen hat, werden beispielsweise in der Regel nur einen kleinen Teil der Risiken abdecken, da der Verkäufer die Zusammenarbeit mit einem Kundenfinanzierungsinstitut wohl immer dann suchen wird, wenn seine eigene Kapitaldecke schmal ist.⁴⁹⁰ Auch Sperrkonten schalten das Ausfallrisiko nicht absolut aus, da die Bank drei Faktoren zuverlässig kennen müßte, um die Rücklagen ausreichend zu bemessen, – nämlich die Zahl der möglicherweise von Einwendungen aufgrund von Sachmängeln oder arglistigen Täuschungen bedrohten Verträge, die Wahrscheinlichkeit eines Konkurses und die ausstehenden Raten. Wegen der Schwierigkeiten, die ersten beiden Faktoren zu bewerten, die zum Teil zu den Interna des Verkäufers gehören, kann nicht ohne weiteres gesagt werden, daß die Bank Verluste mit Hilfe von Sperrkonten reibungslos aufzufangen imstande sei.

Ein klarer, für den gesamten Bereich des finanzierten Kaufes gültiger Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung läßt sich somit nur dort feststellen, wo es um die richtige Auszahlung des Darlehens geht. Hier kann die Bank dafür sorgen, daß das Darlehen erst ausbezahlt wird, wenn ihr die Lieferung der Ware nachgewiesen ist.⁴⁹¹ Dabei darf sie sich natürlich auf glaubwürdige Empfangsbestätigungen des Käufers verlassen. Gibt nämlich der Käufer eine falsche Empfangsbestätigung ab, so liegt das in seiner⁴⁹² Beherrschungssphäre.⁴⁹³

Bei den durch die *Insolvenz* des Verkäufers in Verbindung mit einer Störung des Kaufvertrages ausgelösten Sekundärzweckvereitelungen ist hingegen zu differenzieren.

Ist der Käufer *Nichtkaufmann*, so ist ihm in allen Fällen des finanzierten Kaufes ein Einwendungsdurchgriff zuzubilligen und er ist auf diese Weise vom Risiko zu entlasten, daß er seine Rechte gegen den Verkäufer nicht zu realisieren vermag, weil der Verkäufer zahlungsunfähig geworden ist oder, ohne Vermögenswerte zu hinterlassen, verschwunden ist. Der Beherrschbarkeit- und Absorptionsgedanke allein vermögen diese Risikozuordnung nicht zu tragen. Die Tatsache, daß wesentliche, für

⁴⁹⁰ Vgl. BGHZ 47, 208: Der Verkäufer mußte den Ankauf des später im Rahmen eines B-Geschäftes weiterveräußerten Kraftfahrzeuges finanzieren lassen.

⁴⁹¹ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 716 m. w. Nachw.

⁴⁹² Das gilt natürlich erst recht dann, wenn Käufer und Verkäufer zum Schaden der Finanzierungsbank arglistig zusammenarbeiten. BGH, DB 72, 868f.

⁴⁹³ Voraussetzung ist hier allerdings, daß die Bank ihrer Aufklärungs- und Warnpflicht nachgekommen ist, die der typischen Geschäftserfahrung der Bank entspringt. BGHZ 47, 221f; vgl. dazu *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 716.

die Kalkulation des Risikos erhebliche Faktoren im Internbereich des Verkäufers liegen und auch unvorhersehbare Ereignisse wirksam werden können, verbietet eine umfassende Zurechnung des Risikos an die Bank auf der Basis generell-typischer Risikoverteilungskriterien. In den hier genannten Fällen kann aber als drittes Element der Gedanke des *sozialen Verbraucherschutzes*⁴⁹⁴ ins Spiel gebracht werden, der sich im Abzahlungsgesetz klar niedergeschlagen hat.⁴⁹⁵

Das Risiko wird man jedoch dann nicht uneingeschränkt der Bank zuweisen dürfen, falls der Käufer als *Kaufmann* ins Handelsregister eingetragen ist. Die Unterscheidung zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten spiegelt die typischen Unterschiede sowohl in der Geschäftserfahrung⁴⁹⁶ als auch in dem Umfang ihres Vermögens⁴⁹⁷ wider. So kann man von einem Käufer, der selbst als Kaufmann tätig ist, eher erwarten, daß er sich kraft seiner Geschäftserfahrung stärker um die Solvenz des Verkäufers kümmert und insbesondere die Art der Bankverbindung unter die Lupe nimmt. Sicher mögen angesichts der Weite der Kaufmannseigenschaft bei manchen Kaufleuten eigenes Vermögen und Geschäftserfahrung gering sein. Es wäre indessen verfehlt, in jedem Einzelfall diese Daten vollständig eruiieren zu wollen. Das müßte den Abschluß und die Abwicklung der Kreditgeschäfte, die zum Kreis der Massengeschäfte gehören, nachhaltig erschweren. In dieser Situation erscheint im Einklang mit der Rechtsprechung eine typisierende Differenzierung angebracht, die sich an das Vorbild des Abzahlungsgesetzes anlehnt, das ebenfalls nur Nichtkaufleuten erhöhten Schutz gewährt. Sieht sich ein Kaufmann mit einer Sekundärzweckstörung konfrontiert, die aus einer Insolvenz des Verkäufers resultiert, so kann ein für einen Einwendungsdurchgriff genügender Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung nur unter besonderen Voraussetzungen bejaht werden. Beispielsweise wird man fordern müssen, daß die Geschäftsverbindungen zwischen Bank und Verkäufer bei Vertragsschluß schon längere Zeit andauerten, intensiv waren, und daß die Insolvenz nicht durch Privatschulden oder durch unvorhersehbare Ereignisse ausgelöst wurde. Sind diese Bedingungen erfüllt, so ist es in Anbetracht

⁴⁹⁴ Vgl. BGHZ 37, 99; 47, 236 f.; 47, 254 f.; BGH, NJW 75, 1317; *Larenz*, Festschrift Michaelis, S. 201, die zu Recht den besonderen Schutz gegenüber den Gefahren des B-Geschäftes auf Nichtkaufleute beschränken. Ablehnend im Ergebnis *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 719.

⁴⁹⁵ Vgl. BGH, NJW 73, 454; 75, 1317.

⁴⁹⁶ Ob die Vermutung für eine gesteigerte Geschäftserfahrung bei Kaufleuten auf allen Geschäftsbereichen oder nur im Rahmen des von ihnen üblicherweise betriebenen Gewerbes und ob sie auch für alle Minderkaufleute gilt, erscheint freilich als recht zweifelhaft. Bei der Regelung des finanzierten Kaufes sollte man gleichwohl im Interesse der Rechtseinheit bei der rechtspolitisch fragwürdigen (*Soergel-Ballerstedt*, BGB, § 455, Anm. 21, *Teichmann*, Leistungstörungen, aaO, S. 154 m.w. Nachw.) – Typisierung stehen bleiben, die § 8 AbzG gewählt hat. Rechtspolitisch überzeugender § 12 Nr. 1 des Entwurfes eines Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB, BT-Drucksache VII/3919, S. 7, der aus dem Schutzbereich des Gesetzes Kaufleute nur insoweit ausklammert, als der Vertrag zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört.

⁴⁹⁷ Hier wird ausnahmsweise bei einer typisierend als sozial schwach bestimmten Gruppe das „deep pocket“-Prinzip relevant. Dazu grundsätzlich oben S. 89 ff.

der Informationsquellen, die Banken offenstehen, sehr wahrscheinlich, daß sie normalerweise die Insolvenzgefahr ausreichend und besser als der Käufer zu bewerten imstande sind, – daß sie mit anderen Worten das Risiko zuverlässig und sicherer als ihr Vertragspartner zu steuern und gegebenenfalls zu absorbieren in der Lage sind.

Ist die Verwendung des Darlehens dadurch gestört, daß der Kaufvertrag nichtig oder das Objekt mangelhaft ist und der Käufer aus diesem Grunde gewandelt hat, so fallen diese Formen der Sekundärzweckstörung dem Käufer zur Last, *solange der Verkäufer zahlungsfähig* ist. Dem Käufer ist mit anderen Worten die Gefahr zuzurechnen, daß er das Darlehen abbezahlen muß, sowie die Zinslast zu tragen hat. Das ist aus der Sicht des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens durchaus angemessen; denn die Bank vermag sicherlich nicht dafür zu sorgen, daß Kaufverträge gültig vereinbart und daß mangelfreie Waren geliefert werden. Sie vermag auch in aller Regel diese Gefahr schlechter als der Käufer zu überblicken. Für Anfechtungsgründe, die in der Person des Käufers liegen, bedarf das keiner Betonung. Gleiches gilt für die Mängelfreiheit der veräußerten Spezies, die der Käufer zu besichtigen in der Lage ist. Stammen die Nichtigkeits- oder Anfechtungsgründe aus der Person des Verkäufers, so wird man eher vom Käufer, denn von der Bank erwarten können, daß diese Umstände rechtzeitig aufgeklärt werden. Ausgewogen sind die Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten beider Parteien im Hinblick auf die nachträgliche Schlechtlieferung, da weder die Bank noch der Käufer die Erfüllung des Kaufvertrages mit fehlerfreier Ware zu steuern imstande sind. Der Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung der Bank beschränkt sich somit auf den Bereich der Vermögensverhältnisse des Veräußerers, auf einen Bereich, in dem sie selbst gewerblich tätig ist.

Dem Käufer ist mithin das volle Risiko derartiger Sekundärzweckstörungen zuzurechnen, das er auch zu tragen hätte, wenn er sich einen freien Anschaffungskredit hätte geben lassen und an einen Händler geraten wäre, der ihn mit fehlerhafter Ware beliefert hätte. Es bedarf daher keiner ausdrücklichen Regelung in den AGB, um hier dem Käufer den Einwendungsdurchgriff abzuschneiden.

Diese Art der Risikoverteilung gilt natürlich erst recht für alle dilatorischen Einreden⁴⁹⁸ des Käufers gegen den Verkäufer. Das Risiko der daraus resultierenden Verwendungsstörungen vermag der Käufer wenigstens ebenso gut wie die Bank zu steuern und einzukalkulieren.

Soweit im Einzelfall kein – generalisierender – Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung der Bank existiert, beschränkt sich mithin der Schutz des Käufers auf eine analoge Anwendung der Regeln des Abzahlungsgesetzes,⁴⁹⁹ es sei denn, daß ihn die Bank nicht ausreichend über die besonderen Gefahren aufgeklärt hat, die im Unterschied zu normalen Ratenkäufen mit dem B-Geschäft verbunden sind.⁵⁰⁰

⁴⁹⁸ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 708 mit weit. Nachw.

⁴⁹⁹ BGHZ 47, 242; *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 695 m. w. Nachw.

⁵⁰⁰ BGHZ 33, 299f; weit. Nachw. aus der Rechtsprechung bei *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 703.

Fehlt diese Aufklärung, so greift eine Haftung nach Verschuldensgrundsätzen ein, die allerdings infolge von Schwierigkeiten beim Nachweis der Kausalität nicht sonderlich schlagkräftig ist.⁵⁰¹

3. Rechtsfolgen

Ist das Sekundärzweckstörungsrisiko dem Gläubiger zuzurechnen, sei es, weil er es besser zu steuern bzw. zu kalkulieren vermochte, sei es, weil er eine Fehlleitung von Investitionen veranlaßt hatte, die auch der Schuldner nicht besser zu verhindern oder aufzufangen in der Lage war, so hat der Gläubiger – vorbehaltlich eines Rücktrittes unmittelbar oder analog § 649 BGB⁵⁰² – die vereinbarte Vergütung zu entrichten, die generalisierend den Wert der vom Schuldner eingesetzten Leistungskapazität widerspiegelt.

Komplexer sind demgegenüber die Rechtsfolgen in den Fällen, in denen das Risiko den Schuldner trifft. Hier hat man zu *unterscheiden*, ob die Risikobelastung des Schuldners auf *seinen* Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung zurückzuführen ist *oder* die Folge einer *unvorhersehbaren, homogenen* Verwendungs- und Äquivalenzstörung darstellt.

a) Zurechnung des Risikos an den Schuldner aufgrund eines Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprungs

Die *herrschende Meinung*⁵⁰³ vertritt bei allen Formen der Sekundärzweckstörung die Ansicht, der Vertrag sei aufrechtzuerhalten und an die unerwartete Realität anzupassen. Dieser Lösungsvorschlag ist von dem hier vertretenen Standpunkt aus *unhaltbar*, da er sich nur verwirklichen läßt, wenn man die Folgen der prinzipiell dem Schuldner zugewiesenen Sekundärzweckstörung in einer umfassenden *Interessenabwägung* verteilt, – mit anderen Worten, auf der Ebene der Rechtsfolgen einen Weg einschlägt, den der hier vorgetragene Ansatz gerade zu vermeiden helfen soll. Zum anderen führt der Versuch einer Vertragsanpassung nur zu leicht zu einem *Vertragsdiktat*, das sich über die wahren Interessen der Parteien blind hinwegsetzt.⁵⁰⁴ Diese Gefahr zeigt sich am Beispiel der „Fertighaus“-Entscheidung.⁵⁰⁵ Der BGH hatte in diesem Fall, in dem sich der Käufer ein Fertighaus gekauft hatte, das er nicht aufstellen konnte, weil auf dem ihm vom Verkäufer vermittelten Pacht-

⁵⁰¹ Vgl. *Canaris*, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 703. Die Klippe eines Nachweises der Kausalität wird man umso eher umschiffen können, je drastischer die Aufklärung zu erfolgen hat. Im übrigen müßten auf diesem Gebiet eingehende rechtstatsächliche Untersuchungen angestellt werden, da bisher der Kreis der Nachfrager, die durch „Aufklärung“ abgeschreckt werden, nicht klar erfaßt werden kann.

⁵⁰² Siehe unten S. 363 ff.

⁵⁰³ Vgl. statt aller *Soergel-Siebert-Knopp*, BGB, § 242, 413 ff mit weit. Nachw.

⁵⁰⁴ Hierzu ausführlich *Larenz*, GG, S. 123 ff.; *Wieacker*, Festschrift Wilburg, S. 230 ff.; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 156.

⁵⁰⁵ BGH, LM 15 a zu § 242 (Bd) BGB.

grundstück ein Bauverbot ruhte, den Vertrag angepaßt, indem er den Verkäufer verpflichtete, ein passendes Ersatzgrundstück zu suchen. Das Gericht ist nun sicherlich nicht berechtigt, darüber zu entscheiden, ob ein bestimmtes Ersatzgrundstück „passend“ ist, und damit dem Käufer mittelbar seinen Aufenthaltsort vorzuschreiben.⁵⁰⁶ Die „schöne Lage“, die der Käufer gesucht hatte, ist ein so subjektives Kriterium, daß das Gericht immer die Erklärung des Käufers akzeptieren muß, das Ersatzgrundstück sei für ihn nicht „schön“ gelegen, die Umgebung entspreche nicht seinen Vorstellungen. Unter diesen Umständen den Käufer am Vertrag festzuhalten, bis der Verkäufer ein „passendes“ Ersatzgrundstück ausfindig gemacht hat, heißt eine Quelle ständigen Streits eröffnen und den Käufer an einen Vertrag zu fesseln, von dem man nicht weiß, ob er je erfüllt wird.

Eine konsequente Entfaltung der Zurechnungselemente⁵⁰⁷ Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit fordert, daß sich der *Gläubiger vom Vertrag lösen kann*, wenn der Schuldner nicht binnen angemessener Frist in der Lage oder bereit ist, die Sekundärzweckstörung zu beseitigen.

Das rechtstechnische Mittel hierzu ist das *Rücktritts- bzw. das Kündigungsrecht*. Diese Rechtsfolge hat den Vorzug, daß dem Schuldner einerseits ein gewisser Zeitraum bleibt, innerhalb dessen er den Gläubiger am Vertrag festhalten kann, der nicht gegeben wäre, wenn die dem Schuldner zurechenbare Sekundärzweckstörung automatisch den Vertrag vernichten würde. Zum anderen hat diese Rechtsfolge eine gewisse Signalwirkung, die den Schuldner nicht im Unklaren läßt, von welchem Moment an sich der Gläubiger nicht mehr an seine vertraglichen Pflichten gebunden glaubt.⁵⁰⁸

Der Gläubiger wird somit, soweit er noch nicht seinerseits erfüllt hat, frei. Die *Rückforderung der bereits erbrachten Gegenleistung* soll nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung auf das Bereicherungsrecht gegründet werden.⁵⁰⁹ Systemgerechter erscheint demgegenüber die Anwendung der Rücktrittsvorschriften (§§ 347ff BGB). Dadurch kann eine Verbindungslinie zu der parallel gelagerten Konstellation der Sachmängelgewährleistung hergestellt werden, wo ebenfalls die Rückabwicklung der Gegenleistung auf der Basis der Rücktrittsnormen erfolgt (§ 467 BGB).⁵¹⁰

Dem Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Schuldners ist auch bei der Frage Rechnung zu tragen, in welchem Umfang der *Schuldner* die dem Gläubiger zugeflossene Leistung zurückverlangen und dafür gegebenenfalls Wertersatz fordern darf.

⁵⁰⁶ So zu Recht kritisch Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 165.

⁵⁰⁷ So auch im Ansatz Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 162f.

⁵⁰⁸ Vgl. Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 164.

⁵⁰⁹ Vgl. Canaris, Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 700, 721; Larenz, GG, S. 117, 186; Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 164; ähnlich Lange, Festschrift Giesecke, S. 46f., 57f.

⁵¹⁰ Anzumerken ist, daß diese Frage angesichts der Konvergenz beider Alternativen (vgl. v. Caemmerer, Festschrift Larenz, S. 635ff.; weit. Nachw. bei Koller, DB 74, 2386f.), die eine Konsequenz der Aushöhlung des § 818 III BGB darstellt, keine große Rolle spielt.

Grundsätzlich ist der Schuldner berechtigt, seine Leistung herauszuverlangen. Die Vergütung von Nutzungen kann er nur insoweit beanspruchen, als sie tatsächlich gezogen wurden, da er sich ja die Vereitelung der planungsgemäßen Nutzung selbst zuschreiben muß. Kann die Leistung aufgrund des Ereignisses, das die dem Schuldner zurechenbare Sekundärzweckstörung verursacht hat, nicht mehr (voll) herausgegeben werden, so muß der Schuldner den Verlust tragen.

Diese Rechtsfolge ist insbesondere für den *finanzierten Kauf* von Bedeutung. Fällt das Risiko dem Schuldner zur Last, so muß sich der Schuldner die gesamte Gefahr nutzlosen Aufwandes zurechnen lassen. Dazu gehört nicht nur, daß das Kapital nicht planmäßig genutzt werden kann, sondern auch, daß es infolge der Insolvenz des Verkäufers verloren geht. Diese Gefahr vermag die Bank im Einzelfall oder im Rahmen einer durch den Verbraucherschutzgedanken gerechtfertigten Typisierung besser zu steuern bzw. aufzufangen. Der Käufer wird daher bei einer Insolvenz des Verkäufers von der Pflicht frei, das noch ausstehende Kapital zurückzuerstatten.⁵¹¹

Umgekehrt erlangt allerdings der Darlehensnehmer durch die Sekundärzweckstörung kein Recht, die an die Bank bereits bezahlten Raten zurückzufordern. Diese Rechtsfolge wird in Literatur und Rechtsprechung aus der Saldotheorie sowie aus einer Parallele zum normalen Ratenkauf abgeleitet, bei dem der Käufer ebenfalls das Risiko trägt, daß der Verkäufer insolvent wird und er daher die Rückzahlung des teilweise entrichteten Kaufpreises nicht mehr durchzusetzen imstande ist.⁵¹² Die Parallele ist auf den ersten Blick recht einleuchtend. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indessen, daß sie dem Umstand zu wenig Beachtung schenkt, daß beim normalen Ratenkauf der Gläubiger nur mit einer Partei in Verbindung steht, die insolvent ist, während er beim finanzierten Kauf einen Vertragspartner hat, der das Sekundärzweckstörungsrisiko besser zu beherrschen bzw. zu absorbieren in der Lage war und überdies solvent geblieben ist. Für die Verneinung der Erstattungspflicht ist deshalb das Argument ausschlaggebend, daß dem Gläubiger grundsätzlich *Folgeschäden* durch Sekundärzweckstörungen nur abgenommen werden, wenn den Schuldner der Vorwurf eines Sorgfaltsverstoßes trifft. Die Zurechnung des reinen Sekundärzweckstörungsrisikos an den Schuldner bedeutet lediglich, daß der Schuldner die Last seiner Investitionen, die nutzlos geblieben sind, selbst zu tragen hat. Beim Darlehen setzten sich diese Investitionen aus der Möglichkeit, vom Kapital Gebrauch zu machen, und aus der Bereitstellung von Kapital zusammen. Wird nun der Kredit in Raten zurückgezahlt, so nimmt der Umfang der Investitionen des Schuldners laufend ab, da auf diese Weise das Kapital an den Darlehensgeber zurückfließt. Aus der Sicht des Darlehensnehmers heißt dies, daß er den Kauf mit einem sich ständig erhöhenden Einsatz von *Eigenkapital* finanziert. Fällt der Verkäufer in Konkurs, nachdem der Gläubiger schon einen Teil des Darlehens zurück-

⁵¹¹ So im Ergebnis und vom Denkansatz her auch *Canaris*, Festschrift Larenz, S. 840ff.

⁵¹² Vgl. *Canaris*, Festschrift Larenz, S. 842f.; *ders.* Bankvertragsrecht, Anh. § 357 HGB, Anm. 721 mit weit. Nachw.; LG Oldenburg, NJW 75, 172f.

erstattet hat, so beschränkt sich die Risikozurechnung an den Darlehensgeber als „Schuldner“ auf den „Aufwand“, mit dem er zu diesem Zeitpunkt noch am arbeitsteiligen Prozeß beteiligt ist. Da der Gläubiger vom Schuldner, auch wenn dieser das Verwendungsrisiko im abstrakten Sinn besser zu beherrschen bzw. zu absorbieren imstande war, nicht Ersatz für die Fehlinvestitionen von Eigenkapital⁵¹³ verlangen kann, ist ein Anspruch auf Rückzahlung der an die Bank zurückerstatteten Darlehensvaluta unbegründet.

b) Homogene, unvorhersehbare Verwendungs- und Äquivalenzstörungen

aa) Vor Erbringung der Leistung

Hat sich die Störung vor der Erfüllung der Sachleistungspflicht ereignet, so hat man dem *Gläubiger* ein Rücktrittsrecht zuzubilligen. Auf diese Weise kann sich der Gläubiger von der Gegenleistungspflicht befreien. Er hat jedoch alle in seinem Interesse gezielt getätigten Investitionen, die zu Vermögensopfern geführt haben, als Veranlasser zu ersetzen.

bb) Nach Erbringen der Leistung

Nach der Erbringung der Leistung sollte man freilich den *Vertrag soweit wie möglich aufrechterhalten*,⁵¹⁴ um die mit der Rückabwicklung von Verträgen verbundenen Probleme zu vermindern und zugleich zu verhindern, daß sich der Gläubiger aus einem Vertrag löst, der ihm aus Gründen unbequem geworden ist, die ihm selbst zur Last fallen. Damit wird zwar die Rechtstellung des Gläubigers im Vergleich zu den Fällen, in denen der Schuldner über einen Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung verfügt, verschlechtert. Diese Differenzierung spiegelt aber nur die unterschiedliche Intensität der Zurechnungsgründe wider.

Rechtstechnisch läßt sich dieses Ziel über eine Anwendung der Grundsätze der *Minderung* erreichen.⁵¹⁵ Bei Dauerschuldverhältnissen tritt an ihre Stelle die fristlose Kündigung.

Ist die Gegenleistungspflicht wegen unvorhersehbarer, homogener Zweckstörungen zu mindern, so müßte das Entgelt in analoger Anwendung des § 472 BGB unter anderem nach den Preisen festgesetzt werden, die aller Wahrscheinlichkeit nach für die Leistung bezahlt worden wären, wenn die Zweckstörung vorhersehbar gewesen wäre. Köhler⁵¹⁶ schlägt demgegenüber einen Vergleich mit den Preisen vor, die *in Kenntnis* der Störung bewilligt worden wären. Die Konsequenz dieses Maßstabes ist zwar eine Bevorzugung derjenigen Gläubiger, die mit einer *unvorhersehbaren*

⁵¹³ Eine Ausnahme gilt für die versprochene und bereits geleistete Vergütung, die die Aufwendungen des Schuldners decken soll.

⁵¹⁴ Die ältere Rechtsprechung hat eine Korrektur der Risikoverteilung häufig von vornherein total abgelehnt. RGZ 106, 401; 107, 243 f.; OLG Stuttgart, NJW 52, 385 f.

⁵¹⁵ Vgl. Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 165.

⁵¹⁶ Vgl. Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 165.

Zweckstörung konfrontiert werden, da sich diejenigen Nachfrager, deren Planung sich infolge eines vorhersehbaren Ereignisses als illusorisch erweist, nicht darauf berufen dürfen, sie hätten die Gefahr zu niedrig eingeschätzt. Gleichwohl ist dieses Ergebnis zu billigen. Die an sich folgerichtigere Form der Minderung auf der Basis der „Vorhersehbarkeit“ ist nicht praktikierbar. Das Ausmaß der hypothetischen Risikoprämie ist nämlich ex post empirisch nicht zu ermitteln und läge daher völlig in der Willkür der Gerichte.

Das Recht auf Minderung kann *nur zeitlich begrenzt* geltend gemacht werden. Es ist ausgeschlossen, wenn die Verwendung der Leistung erst längere Zeit nach der Erfüllung des Vertrages gestört wird. Je größer der Zeitraum zwischen der Erfüllung und dem störenden Ereignis wird, desto gravierender wird die Gefährdung der Verkehrs- und Rechtssicherheit. Dafür ist nicht nur die Schwierigkeit, ex post den Minderungsbetrag zu berechnen, sondern vornehmlich der Umstand verantwortlich, daß sich der Schuldner darauf eingerichtet hat, die volle Gegenleistung behalten zu dürfen. Diese Gefahr wird zwar durch die Tatsache entschärft, daß mit wachsendem zeitlichen Abstand zum Vertragsschluß alle nur denkbaren Risiken in den Bereich des Möglichen treten. Sie fehlt aber doch nicht gänzlich. Man hat daher dem Gläubiger das Minderungsrecht auch dann abzuschneiden, wenn die Störung im Moment des Vertragsschlusses unvorhersehbar war, sofern seit der Erfüllung der vereinbarten Leistungspflicht ein längerer Zeitraum verstrichen ist.

Die daraus resultierende Risikobelastung ist dem Gläubiger aus zwei Gründen zuzumuten. Zum einen hatte er normalerweise bis zu dem Zeitpunkt der Störung Gelegenheit, die Leistung planmäßig zu nutzen, so daß ihn der Verlust nicht allzu hart trifft. Zum anderen dürfte er an sich ohnehin nur eine Minderung der Vergütung beanspruchen, die der Risikoprämie entspricht, die vereinbart worden wäre, wenn das Risiko im Kreis des Vorhersehbaren gelegen hätte. Da sich mit wachsendem Abstand zum Vertragsschluß das, was außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt, und das, was lediglich unwahrscheinlich ist, immer mehr nähert, wäre auch die Risikoprämie immer geringer geworden. Diese Degression läßt sich freilich nicht genau ermitteln. Immerhin läßt sich abstrakt feststellen, daß unter dem Aspekt der Risikokalkulation der potentielle Verlust fortschreitend geringer wird. Beide Gründe zusammen mit den Elementen der Treue zum Versprechen und der Verkehrssicherheit rechtfertigen einen scharfen Schnitt, der einerseits nach relativ groben Maßstäben dem Gläubiger ein Recht zur Minderung gibt, und es ihm andererseits von einem bestimmten Zeitpunkt an völlig entzieht.⁵¹⁷ Diesen Zeitpunkt wird man in einer Abwägung der genannten Gründe von Fall zu Fall zu fixieren haben. Dabei dürfte der Umstand eine wesentliche Rolle spielen, in welchem Umfang der Gläubiger bereits Nutzen aus der Leistung zu ziehen vermochte.

⁵¹⁷ In der Tendenz, den Zeitablauf als Umstand zu werten, der die Bindung an das Versprechen stärkt, ebenso *Soergel-Siebert/Knopp*, BGB, § 242 Anm. 432; *Erman-Sirp*, BGB, § 242 Anm. 172.

III. Rücktritt vom Vertrag wegen Sekundärzweckstörungen bei infungiblen Leistungen, die dem Verwender zuzurechnen sind

In Fällen, in denen das Verwendungsstöhrungsrisiko dem Gläubiger zur Last fällt, weil er es zumindest ebensogut wie der Schuldner in den Griff bekommen konnte oder weil es heterogen strukturiert war, ist er nicht notwendigerweise gezwungen, die für ihn nutzlose Leistung in Empfang zu nehmen und dafür das volle Entgelt zu entrichten. Soll eine infungible⁵¹⁸ Leistung ausgetauscht werden, so kann der Gläubiger seine Gegenleistungspflicht mindern, indem er vom Vertrag zurücktritt. Er kann so erreichen, daß die Vergütung um die Beträge sinkt, die der Schuldner an Material- und Arbeitsaufwand erspart sowie durch eine anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erzielt.

Ausgangspunkt für diese Form der Risikoordnung ist der § 649 BGB. Diese Vorschrift räumt dem Besteller das Recht ein, den Werkvertrag zu kündigen. Tut er dies, so braucht er nur mehr die vereinbarte Vergütung abzüglich der ersparten Aufwendungen zu entrichten. Außerdem muß sich der Unternehmer dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages durch anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft erwirbt oder böswillig zu erwerben unterläßt. Der Besteller kann also durch seine Kündigung verhindern, daß in Erfüllung des für ihn sinnlos gewordenen Vertrages weiterhin die Leistungskapazität des Unternehmers gebunden wird und nutzlose Investitionen gemacht werden, die sich voll bei ihm niederschlagen.

Der Unternehmer wird durch diese Regelung nicht unzumutbar belastet, da er, sofern ihm keine Böswilligkeit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft vorgeworfen werden kann, keinen ins Gewicht fallenden Gewinnentgang erleiden wird. Völlig⁵¹⁹ unbelastet bleibt der Unternehmer bei einer Kündigung des Bestellers freilich nicht. Er sieht sich nämlich infolge der Kündigung zu neuem geschäftlichen Engagement genötigt, um sich nicht dem Vorwurf der Böswilligkeit auszusetzen,⁵²⁰ wenngleich er hierzu auch keine besonders aufwendigen Anstrengungen zu machen braucht. Dieser Nachteil ist ihm im Interesse des Gläubigers, der die Leistung nicht nutzen kann, und eines gesamtwirtschaftlich zweckmäßigen Einsatzes von Ressourcen zu-

⁵¹⁸ Als infungibel werden Leistungen bezeichnet, die derart stark auf die Bedürfnisse des Gläubigers zugeschnitten sind, daß für sie keine anderen Nachfrager existieren, oder daß diese die Leistung nur gegen ein Entgelt benutzen wollen, das weit unter der vereinbarten Vergütung liegt. Ferner kann die Infungibilität darauf beruhen, daß der Gläubiger die Leistung nur auf eine bestimmte Weise verwerten darf. Schließlich gehören hierher die Fälle des Werkvertrages, in denen der Gläubiger zur Leistung einen Stoff bereitstellen muß, den er anderweit verwertet wissen will.

⁵¹⁹ So aber Mot. II, S. 503.

⁵²⁰ Daneben mag der Unternehmer manchmal durch die vorzeitige Beendigung des Vertragsverhältnisses einen jenseits des Vergütungsanspruches liegenden Schaden erleiden, der ebenfalls nicht liquidiert werden kann. *Enneccerus-Lehmann*, SchR, § 155 I mit weit. Nachw.

zumuten; denn eine planmäßige Leistung eines infungiblen Gutes würde nur zu einer Verschwendung von Material und Arbeitskraft führen, die zugunsten anderer Nachfrager sinnvoll eingesetzt werden könnten.

Die gleiche Interessenkonstellation taucht bei allen Verträgen auf, bei denen der Gläubiger eine infungible Leistung erhalten soll.

Bei der *Miete* kann sich das Bedürfnis für eine Anwendung des dem § 649 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedankens ergeben, falls der Schuldner das Mietobjekt aus einem in seiner Person liegenden Grund nicht zu nutzen vermag.

Auch die vom Vermieter geschuldete Leistung ist in aller Regel nicht oder nur beschränkt fungibel.

Dem Mieter steht zwar gemäß § 549 I BGB das Recht zu, das Mietverhältnis innerhalb der gesetzlichen Frist aufzulösen, falls der Vermieter eine Untervermietung verbietet, obwohl dafür in der Person des Untermieters kein wichtiger Grund ins Feld geführt werden kann. Die Sekundärzweckstörung des Mieters beschränkt sich somit im Falle einer Verweigerung der Erlaubnis zur Untermiete auf den relativ kurzen Zeitraum der gesetzlichen Kündigungsfristen. Man könnte also von daher behaupten, daß sowohl einer Verschwendung von Leistungskapazität ausreichend vorgebeugt ist als auch den Interessen des Mieters hinreichend Rechnung getragen wird.

Damit ist indessen noch nicht das Problem aus der Welt geschafft, daß dem Mieter die Untervermietung erlaubt wird, ihm es jedoch gänzlich unmöglich ist, das Mietobjekt weiter zu verwerten, – daß sich also die Leistung des Vermieters als de facto infungibel erweist. Der Mieter darf nämlich das Mietobjekt nur im Rahmen des vertragsgemäßen Gebrauchs weiter vermieten.

In den Mietverträgen wird nun häufig ein genau umrissener Verwendungszweck genannt, wie beispielsweise Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes für eine bestimmte Warengattung. Zeigt sich nachträglich, daß ein derartiges Geschäft in den von dem Mieter angemieteten Räumen nicht rentabel betrieben werden kann, so wäre es eine sinnlose Verschwendung von Leistungskapazität, wollte man den Mieter an dem Vertrag festhalten, auch wenn er das Mietobjekt mit demselben Verwendungszweck nicht weitervermieten kann. § 552 BGB sieht für diesen Fall kein Kündigungsrecht des Mieters vor.

Der Vermieter ist auch nicht verpflichtet, die leerstehenden Mieträume anderweit zu vermieten. Er braucht sich daher lediglich den Wert der ersparten Aufwendungen auf den Mietzins anrechnen zu lassen. Nur wenn sich der Vermieter freiwillig entschließt, das Mietobjekt anderweit zu vermieten, muß er diese Einkünfte vom Mietzinsanspruch abziehen (§ 552 BGB). Diese Form der Risikoverteilung bedarf der Korrektur.

Die Kommentarliteratur⁵²¹ befürwortet zwar eine Risikoentlastung des Mieters

⁵²¹ *Palandt-Putzo*, BGB, § 552 Anm. 3; *Soergel-Mezger*, BGB, § 552 Anm. 7; *Staudinger-Kiefersauer*, BGB, § 552 Anm. 14; *Erman-Schopp*, BGB, § 552 Anm. 3 jeweils mit weit. Nachw.

über den § 552 BGB hinaus. Sie hält den Vermieter im Rahmen des Schikaneverbotes⁵²² und des Grundsatzes von Treu und Glauben⁵²³ für verpflichtet, das Mietobjekt anderweit zu vergeben.⁵²⁴ Dieser Lösungsansatz ist aber teils zu eng, teils fehlen ihm die notwendigen Konkretisierungsgesichtspunkte. Eine vergleichsweise sachgerechte Problemlösung eröffnet in den Fällen, in denen der Mieter die im Mietobjekt liegenden Nutzungsmöglichkeiten nicht durch Untervermietung angemessen zu verwerten imstande ist,⁵²⁵ die Anwendung des in § 649 BGB verkörperten Rechtsgedankens. Ihm zufolge hat der Vermieter nach der Kündigung das Mietobjekt weiter zu vermieten, wenn ihm ein zumutbarer Ersatzmieter gestellt wird oder er sonst von der Möglichkeit einer Weitervermietung Kenntnis erlangt.

Freilich muß dabei vermieden werden, daß der Vermieter mit einem Mieter beschwert wird, der das Mietobjekt wesentlich stärker abnutzt, ohne hierfür ein entsprechend höheres Entgelt zu bezahlen. Dieser Gefahr ist der Vermieter jedoch nicht schutzlos ausgesetzt, da dieses Risiko im Rahmen der Frage, ob ein Ersatzmieter zumutbar ist, ausgeschaltet werden kann. Es taucht ja nicht nur bei Mietverträgen, sondern auch bei Werkverträgen auf, wo sich der Besteller ebenfalls nicht dem Vorwurf böswilligen Verhaltens aussetzt, wenn er Ersatzaufträge ablehnt, die im Vergleich zu der zwischen den Parteien vereinbarten Leistung wesentlich risikoreicher sind.

Ist das Mietobjekt also nur an einen Ersatzmieter zu vermieten, der es wesentlich stärker abzunutzen droht, ohne daß er einen dem Vermieter ausreichend erscheinenden Ausgleich gewährt, so darf der Vermieter die Weitervermietung ablehnen. Ob die vom Ersatzmieter angebotene Vergütung die objektiv erheblich erhöhten Risiken deckt, darf nicht anhand normativer Kriterien – vom Grenzfall der Böswilligkeit abgesehen – geprüft werden. Das zu beurteilen ist einzig und allein Sache des Vermieters; denn für eine Überprüfung dieser Entscheidung fehlen alle objektiven Bewertungsmaßstäbe. Der Mieter wird dadurch nicht entrechtet. Er kann sein Interesse, das Mietobjekt nicht gänzlich ungenützt lassen zu müssen, wahren, indem er den Differenzbetrag zwischen dem vom Ersatzmieter angebotenen Mietzins und dem Betrag zuschießt, der nach Ansicht des Vermieters das erhöhte Risiko deckt.

Bei Kaufverträgen kommt hingegen normalerweise ein Rücktrittsrecht analog

⁵²² Soergel-Mezger, BGB, § 552 Anm. 7; Staudinger-Kiefersauer, § 552 Anm. 14 mit weit. Nachw.

⁵²³ Palandt-Putzo, BGB, § 552 Anm. 3; Ermann-Schopp, BGB § 552 Anm. 4 mit weit. Nachw.

⁵²⁴ So auch Medicus, StudK z BGB, § 552 Anm. 2, unter Verallgemeinerung des § 549 II BGB, der aber ausdrücklich nur für die Miete von Wohnraum gilt. Die evident auf eine besonders sozialschwache Gruppe von Mietern zugeschnittene Norm darf nicht ohne weiteres verallgemeinert werden.

⁵²⁵ Schon gar nicht auf den Sozialstaatsgrundsatz. So Hönn, MDR 70, 20; kritisch Röhrmann, NJW 71, 788, der sich aber seinerseits zu undifferenziert auf alle Normen stützt, die eine Pflicht zu anderweitigem Erwerb vorsehen.

§ 649 BGB nicht in Frage,⁵²⁶ denn die Leistung wird in aller Regel⁵²⁷ fungibel sein. Flume⁵²⁸ will demgegenüber dem Käufer immer dann ein Rücktrittsrecht geben, falls dieser wegen eines Irrtums an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse hat und für den Verkäufer kein Interesse besteht, die Ware „loszuwerden“. Demzufolge dürfte beispielsweise der Verkäufer von Aussteuer den vereinbarten Preis nicht mehr verlangen, wenn der Käufer zurücktritt, weil die Ehe nicht zustande kommt. Der Verkäufer wird auf seiner Ware nicht länger sitzen bleiben, sondern sie jedenfalls dann, wenn er ein ständig werbendes Unternehmen betreibt und die Preise nicht gesunken sind, zum gleichen Preis weiter veräußern können. Die These Flumes eröffnet mithin ein de facto nahezu umfassendes Rücktrittsrecht, das den Verkäufer nicht nur mit den bislang schon investierten Lagerkosten und -risiken belastet, sondern ihm auch nochmals Aufwendungen für Verkauf und Vertrieb aufbürdet, ohne daß er eine Entschädigung erhält.

Daß diese erneute Vertriebsleistung – von den sonstigen Folgen einer Fehlleitung von Leistungskapazität abgesehen – eines besonderen Entgelts würdig ist, zeigt jedoch ein Vergleich mit der wirtschaftlichen Situation, in der der Käufer eines fungiblen Gutes bei Fehlen eines Rücktrittsrechtes stünde. Er hätte dann zwei Möglichkeiten. Einmal könnte er versuchen, die Ware an die Nachfrager zu veräußern, die im Warenverteilungsprozeß auf der gleichen Stufe wie er selbst stehen. Um mit ihnen in Kontakt zu kommen, müßte er besondere Werbemaßnahmen ergreifen. In der Zwischenzeit hätte er Lager- und Kreditkosten und die damit verbundenen Risiken zu tragen. Er könnte aber auch versuchen, die Ware an einen Händler zurückzuverkaufen, der über eine ausgebaute Vertriebsorganisation verfügt. Der Händler würde natürlich die Ware nicht zum Verkaufspreis, sondern nur zu einem dem Einstandspreis angenäherten Entgelt erwerben wollen, zu dem er sich selbst bei seinen Lieferanten eindecken kann. Das ist auch durchaus gerechtfertigt, da der Händler mit dem zweiten Verkaufsversuch wesentliche Vertriebsleistungen erneut zu erbringen hat. Einige Kosten und Risiken, wie die Gefahr der Versendung vom Lieferanten (§ 447 BGB), mag er sich ersparen und im Rückkaufspreis berücksichtigen. Die zentralen Vertriebsleistungen muß er jedoch ein zweites Mal erbringen. Es versteht sich von selbst, daß diese ökonomisch wertvolle Leistung auch vom Verkäufer nicht unentgeltlich erbracht werden muß, nur weil der Käufer seinen Bedarf falsch eingeschätzt hat.

Es ist nun allerdings zuzugestehen, daß sich der Verkäufer bei der Eröffnung eines Rücktrittsrechtes weitere Risiken ersparen würde, denen er bei der Kalkulation der

⁵²⁶ So im Ergebnis auch *Larenz*, GG, S. 106; vgl. auch *Benthien*, Zweckerreichung aaO, S. 185 f.; *Köhler*, Unmöglichkeit aaO, S. 171.

⁵²⁷ Eine Ausnahme stellt beispielsweise der „Bohrhämmer“-Fall (siehe S. 314) dar, da die veralteten Hämmer nur in der Ostzone abgesetzt werden konnten, die die Einfuhr total sperrte.

⁵²⁸ *Flume*, AT, S. 510; ähnlich im Ergebnis *Rothoeft*, System aaO, S. 229; vgl. auch die Formulierung des BGH, WM 75, 919 von der „unverhältnismäßig geringeren Beeinträchtigung“.

Handelsspanne Rechnung getragen hat. Vor allem würde die Gefahr entfallen, daß die Nachfrage sinkt bzw. ganz ausbleibt oder daß sich der zweite Käufer als zahlungsunfähig erweist. Daraus folgt jedoch nicht, daß sich bei einer Anwendung des § 649 BGB auf den Kaufvertrag über fungible Güter Vor- und Nachteile immer die Waage halten müßten.

Eine den Interessen beider Parteien gerecht werdende Regelung des Problems müßte deshalb einerseits dem Käufer ein Recht auf Anrechnung der zur Deckung der ersparten Risiken einkalkulierten Prämien geben und den Verkäufer berechtigen, seine zusätzliche Vertriebsleistung angemessen in Rechnung zu stellen. Für die Konkretisierung des Kriteriums der „Angemessenheit“ fehlen jedoch alle intersubjektiv verbindlichen Bewertungsmaßstäbe.⁵²⁹

Angesichts dieses Dilemmas empfiehlt es sich, dem Käufer fungibler Waren voll die aus dem Weiterverkauf der Ware resultierenden Lasten aufzuerlegen. Damit wird ihm – anders als bei Werkverträgen – weder ein Verlust in Höhe des vereinbarten Entgelts zugemutet, noch eine gesamtwirtschaftlich wertvolle Leistung verschwendet, da die Ware jederzeit wieder in den Wirtschaftskreislauf eingeschleust werden kann. Es braucht daher auch nicht dem Schuldner zugemutet werden, ein erneutes geschäftliches Engagement einzugehen, ohne diese zusätzliche Leistung kostendeckend oder gar gewinnbringend in Rechnung stellen zu können. Dort, wo allerdings Werklieferungsverträge über *infungible*⁵³⁰ Waren geschlossen worden sind, ist eine Analogie⁵³¹ zu § 649 BGB zweifellos begründet.⁵³² Die Analogie ist ferner beim *Verkauf* von Waren zu ziehen, die dadurch infungibel werden, daß der einzige Abnehmer für diese Güter ausfällt. Hier wäre es völlig sinnlos, noch Transport- und sonstige Vertriebskosten aufzuwenden, obwohl von vornherein feststeht, daß sie nutzlos bleiben müssen. Eine Ausnahme gilt freilich immer dort, wo ein besonderes Interesse des Verkäufers an der Abnahme der Waren existiert.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, daß sich der Gläubiger, der einen Vertrag über infungible Leistungen eingegangen ist, grundsätzlich von der Vereinbarung lösen kann, auch wenn er die Sekundärzweckstörung veranlaßt oder sogar besser zu beherrschen bzw. zu absorbieren in der Lage war. Auf diese Weise kann er erreichen, daß ihm die Aufwendungen, die der Schuldner infolge des Ver-

⁵²⁹ Siehe oben S. 42 ff.

⁵³⁰ Soweit Verträge über die Herstellung fungibler Gegenstände geschlossen worden sind, ist der Gläubiger trotz der Gefahr suboptimaler Allokation (*Posner*, *Analysis* aaO, S. 55 f.; *Barton*, 1 *Journal of Legal Studies*, S. 289 ff [1972] am Vertrag festzuhalten, weil die Nachteile, die dem Schuldner jenseits der Vergütung aus einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages sowie aus der Notwendigkeit, sich um andere Kunden zu bemühen, drohen, nicht quantifiziert werden können. Der Gläubiger muß sich in solchen Fällen um die Vereinbarung einer Vertragsaufhebung bemühen.

⁵³¹ Bei Werklieferungsverträgen über nicht vertretbare Waren gilt § 649 BGB unmittelbar (§ 651 BGB).

⁵³² So im „Bohrhämmer“-Fall (siehe oben S. 324). Vgl. auch OLG Frankfurt, MDR 74, 401, in einem Fall, in dem Infungibilität zu bejahen ist, falls der Anspruch auf Beratung nicht zediert werden kann (§ 613 BGB).

zichts auf den geplanten Leistungsaustausch erspart, zugute kommen. Darüber hinaus muß sich der Schuldner einen anderweitigen Verdienst immer dann anrechnen lassen, wenn er mit zumutbarem Einsatz seiner Leistungskräfte erzielt werden konnte.

IV. Zusammenfassung

Grundsätzlich darf der Sach- bzw. Dienstleistungsgläubiger das Risiko, daß er die Leistung nicht seiner Planung entsprechend verwenden kann, nicht auf den Schuldner abwälzen; denn er hat normalerweise den Schuldner zu Investitionen sowie einer Bindung der Leistungskapazität veranlaßt und vermag überdies typischerweise die mit der Nutzung der Leistung verbundenen Gefahren besser abzuschätzen und zu steuern.

Dem Schuldner ist aber die Preisgefahr dort zuzuweisen, wo die Störungsquelle in der Sphäre des Schuldners liegt oder sonst vom Schuldner einfacher und zuverlässiger ausgemacht sowie einkalkuliert werden kann. Voraussetzung ist hier allerdings, daß für den Schuldner die Verwendungsplanung des Gläubigers erkennbar war und daß sich der Schuldner in den Bedarfsdeckungsprozeß arbeitsteilig eingliedern ließ. Beim finanzierten Abzahlungskauf werden diese in Richtung auf den Schuldner weisenden Zurechnungselemente durch sozialpolitische Erwägungen verstärkt. Darüber hinaus ist der Gläubiger in Fällen von der Preisgefahr zu befreien, in denen der Schuldner seine Leistung für keinen denkbaren Gläubiger hätte nutzbringend einsetzen können (homogene Verwendungsstörung) und die Verwendungsstörung zugleich unvorhersehbar war.

Auf das Kriterium der „Unvorhersehbarkeit“ kann verzichtet werden, wenn der Schuldner die Leistung nur privat und gelegentlich versprochen hat. Die bloße Fehleinschätzung der Marktlage führt hingegen, sofern sich die Parteien nicht auf die Ausklammerung bestimmter Risikofaktoren geeinigt haben, trotz eventueller Unvorhersehbarkeit der Störung nie zu einer Lösung von dem Entgeltversprechen.

Bei Verträgen über infungible Leistungen ist dem Gläubiger generell ein Rücktrittsrecht zuzubilligen. Macht er hiervon Gebrauch, so ist die Vergütung um die ersparten Aufwendungen und den anderweitigen Verdienst des Schuldners zu mindern.

§ 5 Störungen des Schuldnerinteresses am Vertrag bei Unerreichbarkeit des weiteren mit der Sach- bzw. Dienstleistung verfolgten Zweckes.

Bisher wurde die Problematik der Primär- und Sekundärzweckstörungen immer aus dem Blickwinkel des *Gläubigers einer Sach- bzw. Dienstleistung betrachtet*, der seine Bedürfnisse nicht planungsgerecht zu befriedigen vermag.

Nun kann aber auch der *Schuldner* der Sach- bzw. Dienstleistung an der planungsgemäßen Verwendbarkeit der Leistung ein besonderes Interesse besitzen. *Normalerweise* verfolgt der Schuldner mit seiner Leistung zwar *nur das Ziel*, das *versprochene Entgelt* zu bekommen und auf diese Weise seinen Bedarf zu decken.

Manchmal werden mit der Sachleistung aber *auch darüber hinausgehende Ziele* angestrebt. Sie können in einem aus der Verwendung der Sach- bzw. Dienstleistung erhofften materiellen oder immateriellen Vorteil bestehen, der ihnen oder Dritten zufließen soll. Als überschießender Zweck des Austausches kommt ferner die Verhinderung von Nachteilen in Betracht, denen sich der Schuldner von dritter Seite ausgesetzt sähe, wenn er sich nicht zum Vertragsschluß bereit finden würde.

In allen diesen Fällen stellt sich die Frage, wie das Risiko zuzuordnen ist, falls die vom Schuldner angestrebte Verwendung der Leistung unterbleibt oder sich der befürchtete Nachteil nicht realisiert.

Diese Problemlage illustrieren zwei Fälle, die teils der Literatur, teils der Rechtsprechung entnommen sind.

Die erste Fallgruppe, in der der Schuldner an der *spezifischen Verwendung* des Leistungsobjektes besonders interessiert ist, verdeutlicht der „Sportplatz“-Fall.⁵³³ Eine Gemeinde sucht zur Errichtung eines Sportplatzes ein billiges Grundstück. Sie kann unter Hinweis auf die Gemeinnützigkeit des Vorhabens einen Grundstückseigentümer veranlassen, das Grundstück zu einem weit unter dem gemeinen Wert liegenden Preis zu verkaufen. Nachdem das Grundstück übereignet worden ist, stellt sich heraus, daß die Errichtung des Sportplatzes unmöglich ist. Daraufhin entschließt sich die Gemeinde, auf dem Grundstück ein Verwaltungsgebäude zu errichten. Der Verkäufer verlangt nunmehr Rückgabe des Grundstückes, mindestens aber Zahlung eines „Aufpreises“.

Zur zweiten Fallkonstellation gehört der „Festungsbauten“-Fall,⁵³⁴ den das RG zu entscheiden hatte: Eine Familienstiftung verkaufte ein Grundstück an den Reichsfiskus, der Festungsbauten anlegen wollte. Der Anlaß für den Verkauf dürfte die Befürchtung gewesen sein, enteignet zu werden. Die Festung wurde in der Folgezeit nicht errichtet. Aufgrund der Bestimmungen des Versailler Vertrages war auch mit einer späteren Errichtung der Festung nicht mehr zu rechnen. Die Stiftung verlangt daher die Rückübereignung des Grundstückes.

Im folgenden ist zu zeigen, daß diese Formen der Verwendungsstörung ebenfalls mit Hilfe der Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“, „Absorption“ sachgerecht zugeordnet werden, wenn man den § 812 I 2 2. Alt. BGB (condictio causa data, causa non secuta) ebenso korrigiert, wie der § 323 I BGB bei Primärzweckstörungen korrigiert worden ist.

I. Die Tragweite des § 812 I 2 2. Alt. BGB

Das RG⁵³⁵ hat den „Festungsbauten“-Fall auf der Grundlage des § 812 I 2 2. Alt. BGB gelöst.

In jüngerer Zeit ist allerdings die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der condictio causa data, causa non secuta auf reine Austauschverträge auf Kritik gestoßen.

⁵³³ Beispiel von Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 193.

⁵³⁴ RGZ 132, 238 ff.

⁵³⁵ RGZ 132, 238, (242).

Werde eine Leistung im Rahmen eines Austauschvertrages erbracht, so geschehe dies solvendi causa. Erkenne man nun einen über die Erlangung der Gegenleistung hinausgehenden „Erfolg“ im Sinne des § 812 I 2 2. Alt. BGB an, so müsse man auch davon ausgehen, daß mit ein und derselben Leistung zwei verschiedene Leistungszwecke verfolgt werden könnten. Das widerspreche jedoch dem Grundgedanken des Bereicherungsrechts.⁵³⁶ Der eigentliche Anwendungsbereich des § 812 I 2 2. Alt. BGB liege vielmehr, wie Söllner in⁵³⁷ einer rechtshistorisch fundierten Untersuchung herausgearbeitet hat, dort, wo die Leistung mit Rücksicht auf eine vom Empfänger erwartete Gegenleistung erbracht wird, die der Leistende nicht zu erzwingen imstande sei.

Welker⁵³⁸ hat diesen Ansatz weiter vertieft und durch eine Parallele zu § 323 I BGB die § 812 I 2 2. Alt. BGB zugrunde liegende Wertung einleuchtend begründet.

§ 812 I 2 2. Alt. BGB ist seiner Ansicht zufolge auf Fälle reiner Zuordnungsvereinbarungen bezogen. Wollen sich die Parteien im Rahmen des vereinbarten Austausches keiner Leistungs- und Gegenleistungspflicht unterwerfen, so können sie doch in Hinblick auf die beiderseitigen Leistungen eine Zuordnungsvereinbarung⁵³⁹ schließen, in der „der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckte Erfolg“ seinen Niederschlag findet. Aus dieser Zuordnungsvereinbarung ergebe sich der rechtliche Grund für das Behaltendürfen der Leistung. Trete der nach der Zuordnungsvereinbarung bezweckte Erfolg nicht ein, so erlaube § 812 I 2 2. Alt. BGB – ähnlich dem § 323 I BGB – die Rückgängigmachung der Leistung, weil die einverständlichen Äquivalenzvorstellungen der Parteien enttäuscht worden seien. Bei reinen Zuordnungsvereinbarungen erfolge die Rückabwicklung zwar auch schon dann, wenn der bezweckte Erfolg noch realisiert werden könnte oder der Vertragspartner vorsätzlich von seiner Verwirklichung Abstand nehme. Das sei aber innerlich gerechtfertigt, da die Parteien keine Leistungspflicht vereinbart hätten. Dem Leistenden fehle daher die Möglichkeit, anstatt der Rückforderung seiner Leistung den „Erfolg“ zu erzwingen oder zumindest den Ersatz des Nichterfüllungsschadens zu verlangen.

Die von Welker mit plausiblen Gründen vertretene Interpretation des § 812 I 2 2. Alt. BGB liefert den Ansatzpunkt für eine sachgerechtere Lösung der Fälle, in denen sich der Leistungsempfänger zu einer erzwingbaren Gegenleistung verpflichtet und sich beide Parteien *darüber hinaus* einig sind, daß der Leistende mit seiner Leistung einen *zusätzlichen Erfolg* anstrebt, dessen Realisierung vom freien Willen des Empfängers abhängt.

⁵³⁶ Vgl. Esser, SchR II, S. 355; Zeiss, AcP 164, 65 ff.

⁵³⁷ Söllner, AcP 163, 20 ff (bes. S. 33 ff); Simshäuser, AcP 172 (1972), 35 f.

⁵³⁸ Welker, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, S. 78 ff; vgl. ferner Simshäuser, AcP 172 (1972), 30 f.

⁵³⁹ Wenn sich der BGH (BGHZ 44, 323; NJW 73, 613) gegen die Existenz einer vertraglichen Bindung wendet, so beruht dies auf der verfehlten Prämisse, daß eine vertragliche Bindung notwendig Leistungspflichten erzeuge.

Diese Konstellation liegt beispielsweise im Sportplatzfall⁵⁴⁰ vor. Der Grundstückseigentümer ist als Sachleistungsschuldner Nachfrager nach der in Geld versprochenen Gegenleistung. Damit ist indessen seine Rolle als Nachfrager nicht erschöpft. Er ist auch daran interessiert, daß die Gemeinde über die Zahlung der vereinbarten Vergütung hinaus tätig wird, d. h., daß sie den Sportplatz baut und den Einwohnern zur Verfügung stellt. Diese Erwartung hat der Verkäufer der Gemeinde offengelegt und mit einer Senkung des Preises honoriert. Wird nun der Sportplatz nicht gebaut, so entsteht zwar im Hinblick auf die Geldleistung keine Primär- bzw. Sekundärzweckstörung, wohl aber im Hinblick auf die weitere vom Vertragspartner erwartete Tätigkeit. Vom Standpunkt der Arbeitsteilung aus hat mithin der Grundstückseigentümer die Gemeinde zu zwei in seinem Interesse liegenden Handlungen eingeschaltet.⁵⁴¹

Eine Zuordnungsvereinbarung in diesem Sinne darf nun nicht allein aus dem Grunde bejaht werden, daß der Leistende Ziele verfolgt, die über den erzwingbaren Austausch hinausgehen. Es muß vielmehr von Fall zu Fall festgestellt werden, ob sich der Empfänger der Sach- bzw. Dienstleistung bereit gefunden hat, zur Realisierung der vom Leistenden verfolgten Zwecke arbeitsteilig – und freiwillig – beizutragen. Daran fehlt es beispielsweise dann, wenn der Leistende in der Hoffnung, er könne den Empfänger zu seinem Dauerkunden machen, einen außerordentlichen Preisnachlaß gewährt hat.

In der Literatur wird nun freilich eingewandt, ein die vereinbarte und erzwingbare Gegenleistung überschießender Zweck, gleichgültig welcher Art, verdiene allein im Rahmen der Figur vom Wegfall der Geschäftsgrundlage Beachtung.⁵⁴² Der § 812 I 2 2. Alt. BGB sei zur Regelung der bei kombinierten „Zwecken“ auftauchenden Probleme zu undifferenziert. Er ordne überdies eine ipso-iure-Auflösung des Vertrages an, obgleich die für die Geschäftsgrundlagen-Figur typischen Rechtsfolgen der Anpassung angemessen seien. Diese Einwände verkennen jedoch die offensichtliche Ähnlichkeit zwischen den Fällen, in denen sich die Vereinbarung ausschließlich auf eine nicht erzwingbare Gegenleistung erstreckt und solchen Verträgen, in denen erzwingbare und verpflichtungsfreie Teile der Gegenleistung kombiniert werden. Eine differenzierende Lösung könnte man allenfalls darauf stützen, daß es unangebracht sei, den erzwingbaren Teil der Vereinbarung nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln wie die unerzwingbare Leistung.

Da der Rechtsgrund für die Leistung teils in der erzwingbaren Gegenleistung, teils in den überschießenden Zwecken ruht, entfällt der rechtliche Grund bei einem

⁵⁴⁰ Siehe oben S. 369.

⁵⁴¹ Das bedeutet natürlich nicht, daß der Verkäufer gewillt gewesen sein müßte, den Sportplatz gegebenenfalls allein anlegen zu lassen. In dieser besonderen Fallkonstellation bietet sich jedoch dem Grundstückseigentümer eine Gelegenheit, mit relativ geringem Eigenaufwand auch sein Bedürfnis nach einem Sportplatz zu befriedigen, weil das Interesse der Gemeinde in die gleiche Richtung geht.

⁵⁴² Vgl. Esser, SchR II, S. 355f; ähnlich v. Caemmerer, Festschrift Rabel, Bd. I, S. 347; Söllner, AcP 163, 43f; Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 188f; Simshäuser, AcP 172 (1972), 35f.

Ausbleiben des „mit dem Rechtsgeschäft bezweckten Erfolges“ nur partiell. Die Leistung darf daher auch nur teilweise kondiziert werden. Das bereitet weiter keine Schwierigkeiten, wenn die Leistung teilbar ist. Die Berechnung des Umfanges des Kondiktionsanspruches erfolgt dann nach Minderungsgrundsätzen, auf die das Gesetz auch in dem dem § 812 I 2 2. Alt. BGB verwandten § 323 I BGB verweist.⁵⁴³ Schwierigkeiten entstehen allerdings dort, wo eine unteilbare Leistung vorliegt. Hier kann § 812 I 2 2. Alt. BGB in der Tat nicht mehr unmittelbar angewandt werden, sondern bedarf der Korrektur. Dies sollte aber nicht dazu verleiten, die Tauglichkeit dieser Vorschrift zur Lösung der hier angeschnittenen Fälle in Bausch und Bogen zu verneinen; denn sie liefert im Unterschied zur Geschäftsgrundlagen-Figur einen größere Rechtssicherheit versprechenden Filter, der diejenigen „Zwecke“ aussondert, die nicht in den Austauschvertrag eingegangen, sondern einseitig geblieben sind.⁵⁴⁴

II. Die Korrektur des § 812 I 2 2. Alt. BGB

Die Rechtsfolge des § 812 I 2 2. Alt. BGB ist somit in den Fällen zu korrigieren, in denen eine unteilbare Leistung erbracht wurde und der mit einer erzwingbaren Gegenleistung kombinierte, unerzwingbare Primärzweck des Sach- bzw. Dienstleistungsschuldners vereitelt wird. In einer derartigen Situation ist dem Leistungsempfänger ein *Wahlrecht* zuzugestehen. Er kann entweder den Minderwert seiner eigenen Leistung mit Geld ausgleichen oder den gesamten Austausch nach Kondiktionsgrundsätzen rückabwickeln. Im „Sportplatz“-Fall heißt das, daß sich die Gemeinde binnen angemessener Frist zu entscheiden hat, ob sie einen Aufpreis zahlen oder das Grundstück zurückgeben will.

Der § 812 I 2 2. Alt. BGB bedarf jedoch noch einer weiteren Umformung, die aus der Erkenntnis resultiert, daß diese Vorschrift eine Parallele zu § 323 I BGB darstellt.

Wenn man den § 323 I BGB partiell mit Hilfe des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips verdrängt, so muß auch die Kondiktion gemäß § 812 I 2 2. Alt. BGB davon abhängig gemacht werden, daß der Leistungsempfänger die Störungsursache, die der *Realisierung des nicht erzwingbaren „Erfolges“* im Wege steht, *besser zu beherrschen* oder jedenfalls *besser zu absorbieren* vermochte; es sei denn, daß der Sach- bzw. Dienstleistungsschuldner wegen der Homogenität der Störung keine Fehlleitung von Leistungskapazität veranlaßt hat. Die Schranke des § 815 BGB, der den Rückerstattungsanspruch nur abschneidet, falls der Leistende den „Eintritt des Erfolges“ wider Treu und Glauben verhindert hat, begün-

⁵⁴³ Vgl. Welker, Bereicherungsausgleich aaO, S. 114.

⁵⁴⁴ Man könnte daran denken, die Geschäftsgrundlagen-Figur anhand der hier entwickelten Kriterien zu präzisieren. Dieser Weg birgt aber die Gefahr, daß das hier dargestellte System nicht eindeutig genug von dem bisherigen Verständnis der Geschäftsgrundlagen-Problematik abgehoben wird.

stigt nämlich – im Lichte der für normale *Primärzweckstörungen* gefundenen Lösung – den Leistenden zu stark. Es besteht keinerlei Anlaß, den Leistungsempfänger, der womöglich Investitionen zur Realisierung der unerzwingbaren Zwecke gemacht hat, weniger intensiv zu schützen als den normalen Schuldner, der zur Erfüllung seiner Verpflichtungen Aufwendungen macht und seine Arbeitskraft bindet. § 815 BGB ist somit im Rahmen der Rechtsfortbildung durch die zu §§ 323 f BGB entwickelten Zurechnungselemente zu erweitern.

Die vom Sach- bzw. Dienstleistungsschuldner mit seiner Leistung über die erzwingbar vereinbarte Gegenleistung hinaus angestrebten Ziele sind nicht nur in dem Falle relevant, in dem der Erfolg ausbleibt, den der Leistungsempfänger „freiwillig“ herbeiführen soll (Primärzweckstörung), sondern können wie auch sonst bei den mit erzwingbaren Leistungen verfolgten Zwecken Anlaß geben, den Leistungsempfänger mit dem Risiko von *Sekundärzweckstörungen*⁵⁴⁵ zu belasten. Es gelten hier die gleichen Regeln, die für erzwingbare Leistungen entwickelt worden sind. Der Leistende als Nachfrager von „nicht erzwingbaren“ Leistungen und der darauf aufbauenden Zwecke kann sich somit partiell vom Vertrag lösen, wenn der Empfänger das Risiko *besser zu beherrschen* bzw. *zu absorbieren* imstande war oder die Konstellation einer *unvorhersehbaren, homogenen Verwendungs- und Äquivalenzstörung* vorliegt.

Für die Entscheidung über die Frage einer *homogenen Verwendungs- und Äquivalenzstörung* kommt es maßgeblich darauf an, wie man den *Kreis der potentiellen Nachfrager* umreißt. Würde man zu ihnen nur diejenigen Personen zählen, die als Sach- bzw. Dienstleistungsschuldner ebenfalls ein Interesse daran gehabt haben können, mit Hilfe ihrer Leistung Ziele, die die erzwingbare Gegenleistung übersteigen, zu verwirklichen, so käme man sehr häufig zur Bejahung der Homogenität. Damit würde man die Tatsache ignorieren, daß der Leistungsempfänger als „Schuldner“ des überschießenden Zwecks die Chance gehabt haben kann, seine Interessen durch andere Anbieter zu befriedigen, die sich mit einer erzwingbaren Gegenleistung in vergleichbarer Höhe begnügt hätten. Mit anderen Worten: Der Leistungsempfänger kann sich auf die Heterogenität dann berufen, wenn andere Sach- bzw. Dienstleistungsschuldner bereit gewesen sind, ihre Leistung zu wirtschaftlich vergleichbaren Konditionen zu erbringen, deren Realisierung nicht gestört worden ist. Dem Schuldner ist hier nämlich auch die Fehlleistung finanzieller Leistungskapazität zuzurechnen.

Von einer homogenen Verwendungs- und Äquivalenzstörung kann man demnach nur dort sprechen, wo in Hinblick auf die neben der Gegenleistung verfolgten Zwecke so große Preisnachlässe gewährt worden sind, daß eine saubere Scheidung

⁵⁴⁵ Die Zuordnungsvereinbarung muß sich ebenso wie die unter Leistungszwang stehende Austauschvereinbarung nur auf die Primärzwecke beziehen. Bei Sekundärzweckstörungen genügt hingegen die „Erkennbarkeit“ derjenigen Zwecke, die mit der Leistung verfolgt werden, die unter die Zuordnungsvereinbarung fällt. Fehlt es überhaupt an einer Zuordnungsvereinbarung, so ist auch für den Sach- bzw. Dienstleistungsempfänger die Vereitelung von Sekundärzwecken unerheblich.

der Märkte möglich ist. Diese Konstellation liegt beispielsweise in folgendem Fall vor. Verkauft ein Flugzeugproduzent mehrere Maschinen an eine einheimische Flugverkehrsgesellschaft zu weit unter den Konditionen konkurrierender Anbieter liegenden Vorzugspreisen, weil er erwartet, daß sich die Zuverlässigkeit und Wirtschaftlichkeit der Maschinen in dem zwischen den Parteien vereinbarten Dauerbetrieb manifestieren werde und daß dieser Werbeeffect zu größeren Bestellungen aus dem Ausland führen werde, so kommen für die Fluggesellschaft als Ausweichmöglichkeit nur Produzenten in Betracht, die bedeutend höhere Preise verlangt haben. Es soll unterstellt werden, daß die Fluggesellschaft diese Ausweichmöglichkeit aller Wahrscheinlichkeit nach nicht benutzt hätte. Löst nun ein unvorhersehbares Exportverbot eine Störung des für die Fluggesellschaft erkennbaren Sekundärzweckes aus, so ist dem Käufer die Störungsfolge nach den für Sekundärzweckstörungen allgemein gültigen Grundsätzen⁵⁴⁶ zuzurechnen.

III. Abgrenzung zu verwandten Äquivalenzstörungen

Äquivalenzstörungen, die auf der Vereitelung von Zwecken beruhen, deren Realisierung der Leistende vom plangemäßen Einsatz der Leistung *erhofft*, bleiben von vornherein unerheblich, wenn zwischen den Parteien keine Zuordnungsvereinbarung⁵⁴⁷ über eine bestimmte Verwendung zustande gekommen ist.

Ferner ist die Fallgruppe auszugrenzen, in der der Sach- bzw. Dienstleistungsschuldner für seinen Vertragspartner erkennbar außer einem Entgelt lediglich das Ziel anstrebt, durch den Austauschvertrag *weitere Nachteile* von sich abzuwenden. Hierher gehört etwa der Fall, daß jemand seine Maschinen mit einem Preisnachlaß losschlagen will, weil ihn bestimmte Gesetzentwürfe befürchten lassen, daß die Nutzung der Maschinen in absehbarer Zeit eingeschränkt werde. In diesen Zusammenhang gehört auch der eingangs erwähnte „Festungsbauten“-Fall.

Wird das Gesetz in dem ersten Beispiel wider alle Wahrscheinlichkeit wegen eines Verfassungsverstoßes aufgehoben, so ist zwar die subjektive Äquivalenzentscheidung gestört. Es fehlt aber die Besonderheit, daß der Leistungsempfänger im Wege des Vertrages arbeitsteilig eingeschaltet worden ist, durch seine Tätigkeit einen Bedarf zu decken, der mit dem Empfang der erzwingbar vereinbarten Gegenleistung unmittelbar nichts zu tun hat. Die „Zweckstörung“ beim Verkäufer entspricht vielmehr allein der Tatsache, daß der Verkäufer die Ware zu billig veräußert hat, weil sich seine Prognose über die Entwicklung der Angebots- und Nachfrageverhältnisse als falsch herausstellte. Die Verwendbarkeit der aus dem Austausch erwarteten Wertzufuhr ist dagegen in keiner Weise tangiert. Der Leistende muß somit die Folgen aus der Fehleinschätzung der zukünftigen Entwicklung auf sich nehmen.

Gleiches gilt grundsätzlich im „Festungsbauten“-Fall. Dort erscheint allerdings das Resultat, daß die Verkäuferin zum Vertrag stehen muß, als untragbar. Eine

⁵⁴⁶ Siehe S. 306 ff. Ein umfassender Rücktritt scheidet allerdings von vornherein aus. Es sind die Minderungsgrundsätze in ihrer spiegelbildlichen Umkehrung anzuwenden.

⁵⁴⁷ Siehe S. 370 u. Fn. 545.

sachgerechte Risikoordnung muß dem Käufer die Gefahr auferlegen, daß das Grundstück auch tatsächlich für Festungsbauten genutzt werden kann. Für diese Entscheidung ist aber nicht der Umstand maßgeblich, daß ein nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes bezweckter Erfolg nicht eintritt; denn ein solcher Erfolg wurde von den Parteien gar nicht vereinbart, da der Verkäufer kaum ein eigenes Interesse an dem Bau der Festungsanlage gehabt haben dürfte. Ausschlaggebend ist vielmehr, daß das Grundstück zur Errichtung der Festung enteignet zu werden drohte und der Verkauf nur mit Rücksicht auf die Enteignung erfolgte. Der Schutz des Eigentums gegen hoheitliche Eingriffe, die nicht durch das Wohl der Allgemeinheit geboten sind, spricht mithin für die Rücküberlegungspflicht des Staates. Unterstellt man nämlich, daß der Grundstückseigentümer es auf die Enteignung hätte ankommen lassen und bei Wegfall des Enteignungszweckes einen Rückübertragungsanspruch besessen hätte, so wäre es völlig ungerechtfertigt, wenn man ihm bei einer einvernehmlichen Übertragung keinen Rückgewähranspruch zubilligen würde, selbst wenn er einen über eine „angemessene Entschädigung“ hinausgehenden Kaufpreis erhalten haben sollte. Die vertragliche Einigung darf seine Rechtsposition gegenüber der Zwangsenteignung nicht schwächen. Dies zeigt den engen Zusammenhang zwischen Schutz des Eigentums und Rückgewähranspruch.

Die Verneinung eines Rücküberlegungsanspruches bei einer Zwangsenteignung steht im Widerspruch zum Inhalt und Wesen der Eigentumsgarantie. Die gemäß Art. 14 III GG zulässige Enteignung ist kein Instrument, das dem Vermögenserwerb durch den Staat dient. Zweck und Legitimation der Enteignung ist ausschließlich in der öffentlichen Aufgabe zu sehen, die mit ihrer Hilfe realisiert werden soll. Daraus ergibt sich, wie das BVerfG⁵⁴⁸ hervorgehoben hat, daß dort, wo diese Legitimation entfällt, weil das Grundstück zur Bewältigung der öffentlichen Aufgabe nicht mehr benötigt wird, der Enteignete die Rückübertragung fordern darf. Nichts anderes kann selbstverständlich dort gelten, wo das Eigentum unter dem Druck einer drohenden Enteignung aufgegeben wird. Die Vertragsbindung muß dem Wertungsgehalt des Art. 14 GG weichen. Einer Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage bedarf es somit nicht.⁵⁴⁹

§ 6 Die Leistungserleichterung und die erhöhte Nutzbarkeit der Leistung

Die im Vergleich zur ursprünglichen Konzeption der gesetzlichen Risikoverteilung stärkere Entlastung des Schuldners und Gläubigers von Leistungerschwerungs- bzw. Sekundärzweckstörungsrisiken erscheint nur dann als angemessen, wenn man andererseits auch in Fällen, in denen die Diskrepanz zwischen Planung und Realität zu unverhofften Gewinnen des Schuldners oder bei erhöhter Nutzbarkeit zu Gewinnen des Gläubigers führt, auch den jeweiligen Vertragspartner begünstigt.

⁵⁴⁸ BVerfG, NJW 75, 37 f.

⁵⁴⁹ Im Ergebnis gleicher Ansicht Köhler, Unmöglichkeit aaO, S. 193, der ein *venire contra factum proprium* der öffentlichen Hand bejaht.

I. Die Leistungserleichterung

Bei der Zuordnung des Risikos von „Planungsfehlern“, die sich – im Vergleich zu Leistungerschwerungen mit umgekehrten Vorzeichen – als Leistungserleichterungen auswirken, weil dem Schuldner die Leistung mit einem geringeren als dem eingeplanten Aufwand möglich wird, versagt allerdings das Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip. Beide Zurechnungselemente sind auf die Abwehr von schadensstiftenden Störungen bzw. auf die Bewältigung ihrer Folgen ausgerichtet, während es hier um unerwartete Vorteile geht. Auch der arbeitsteilige Veranlassungsgedanke ist nicht unmittelbar einschlägig. Er hat nämlich in erster Linie die Verursachung von Aufwand im Auge. Bei der Leistungserleichterung steht hingegen die Ersparnis von Aufwand im Mittelpunkt. Die Brücke zur Zuordnung unerwarteter Leistungserleichterungen stellt der Gedanke der Kongruenz von Risiko und Nutzen her. Wenn man dem Gläubiger aufgrund der arbeitsteiligen Veranlassung die Gefahr von Mehraufwand aufbürdet, weil er sich mit Aufwandssteigerungen auch konfrontiert gesehen hätte, falls er seinen Bedarf selbst gedeckt hätte, so muß man ihn ebenfalls an der Kostensenkung partizipieren lassen, die ihm bei einem Verzicht auf die Arbeitsteilung zugute gekommen wäre. Dieser Gedanke ist dem überkommenen Risikoverteilungssystem nicht neu. So verwirklicht die am Unmöglichkeitsgedanken orientierte Risikoordnung die Kongruenz von Nutzen und Risiko, indem sie dem Schuldner regelmäßig jede Leistungerschwerung bis zur Grenze der objektiven bzw. subjektiven Unmöglichkeit auferlegt, ihm jedoch alle Vorteile aus etwaigen Leistungserleichterungen beläßt. Diese Kongruenz von Risikobelastung und Nutzen gilt es in dem hier dargelegten System der Risikoordnung aufrechtzuerhalten.

In den Fällen, in denen das die Leistungserleichterung auslösende Ereignis aus der Sphäre des Schuldners stammt oder zwar aus der neutralen Sphäre herrührt, von dem Schuldner aber typischerweise besser vorhergesehen werden konnte, darf der Schuldner den ihm zufließenden Vorteil voll als seinen Gewinn verbuchen. Ist das dem neutralen Bereich entspringende Ereignis *unvorhersehbar*, so muß er die Senkung der Kosten an den Gläubiger weitergeben, so wie er auch die ihm nachteiligen Folgen auf den Gläubiger hätte abwälzen dürfen. Das bedeutet freilich nicht, daß der Gläubiger einen Anspruch hätte, die Differenz zwischen eingeplanten und realen Aufwendungen im Hinblick auf den Kostenfaktor, bei dem sich die Leistungserleichterung unmittelbar auswirkt, vergütet zu bekommen. Man darf nämlich nicht vergessen, daß durch das leistungserleichternde Ereignis Investitionen nutzlos werden können. Dieses Risiko hat der Gläubiger veranlaßt und muß es sich beim Ausgleich der Leistungserleichterung anrechnen lassen.

Man muß dem Gläubiger ferner erlauben, sich auf die Leistungserleichterung zu berufen, falls das die Leistungserleichterung auslösende Ereignis aus seiner Sphäre stammt oder von ihm besser vorhergesehen werden konnte. Der Gläubiger ist hier zwar in der Lage, den Planungsfehler von vornherein auszuschalten und dafür zu sorgen, daß der Leistungsprozeß reibungslos abläuft. Wenn man bei einer solchen

Konstellation der Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten den Schuldner einerseits von einem Leistungserschwerungsrisiko entlastet, so muß andererseits das Ziel einer möglichst realitätsnahen Planung hinter den Wert der Austauschgerechtigkeit zurücktreten. Der Präventionszweck darf nicht damit erreicht werden, daß dem Schuldner dort ein unerwarteter Gewinn in den Schoß fällt, wo er keine Nachteile zu befürchten hatte.

Diesen Weg der Risiko- oder besser der Vorteilszuordnung hat auch der BGH im „*Ausschreibungs*“-Fall eingeschlagen. Der Architekt des Bestellers hatte für die Erstellung von Häusern die Ausschreibungsunterlagen und ein Leistungsverzeichnis ausgearbeitet. In dem Leistungsverzeichnis war das Ausmaß der wirklich notwendigen Arbeiten versehentlich teils verdoppelt, teils verzehnfacht worden. Der Unternehmer vereinbarte mit dem Besteller einen Festpreis, den er auf der Grundlage des Leistungsverzeichnisses kalkuliert hatte. Die Unrichtigkeit der Angaben hatte er, ohne daß ihm ein Sorgfaltsverstoß vorzuwerfen gewesen war, nicht bemerkt. Infolge des fehlerhaften Leistungsverzeichnisses war der Preis um ca. 12000.– DM höher ausgefallen.

Der BGH⁵⁵⁰ erkannte dem Besteller einen Anspruch auf Herabsetzung der vereinbarten Leistung zu, da das Beharren auf der Vereinbarung eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. Beide Parteien hätten sich geirrt und den Vertrag nicht so abgeschlossen, wenn sie gewußt hätten, daß die Abweichung des Leistungsverzeichnisses von der Realität das Doppelte bzw. das Zehnfache der eingeplanten Werte betrage. Es verstoße daher gegen Treu und Glauben, wenn der Unternehmer unter Berufung auf den vereinbarten Ausschluß von Nachberechnungen das Doppelte bzw. das Zehnfache dessen verlange, was er tatsächlich geleistet habe.

Der Besteller kann freilich nicht ohne weiteres eine Senkung der Vergütung um DM 12000.– verlangen. Diese Behauptung steht zwar in gewissem Widerspruch zu § 645 I BGB, der dem Schuldner bei mangelhaften Leistungssubstraten nur einen Anspruch auf die Bezahlung der tatsächlich geleisteten Arbeit gibt und das Risiko einer unzulänglichen Auslastung der Leistungskapazität ignoriert. Daraus könnte man ableiten, daß sich der Schuldner auch hier nicht darauf berufen dürfe, er habe angesichts der Ausschreibungsunterlagen, die bedeutend umfangreichere Arbeiten vorsahen, seine Leistungskapazität zu lange gebunden, da er sich um keine Anschlußaufträge bemüht oder sie sogar abgelehnt habe. Damit würde man jedoch dem Schuldner einen Nachteil aufbürden, den der Gläubiger nicht nur veranlaßt hat, sondern auch besser zu beherrschen vermochte. Dem Schuldner muß daher in jedem Falle der Leistungserleichterung die Befugnis zugesprochen werden, die Fixkosten seiner Leistungskapazität, die infolge des nicht eingeplanten Ereignisses brach gelegen hatte, in Anschlag zu bringen. Da die Fixkosten jedoch nur schwer berechnet werden können, sollte dem Gläubiger in Anlehnung an die §§ 324 I 2, 642 II, 649 S. 2 BGB lediglich ein Anspruch auf die ersparten variablen Kosten sowie auf den anderweit erzielten Verdienst zuerkannt werden.

II. Die erhöhte Nutzbarkeit der Leistung

Die Kongruenz von Risikobelastung und Nutzen, die ursprünglich darin zum Ausdruck kam, daß der Gläubiger – von wenigen Ausnahmen abgesehen – alle Verwendungsstörungen zu tragen hatte, aber andererseits auch alle Vorteile aus einer besseren Verwendbarkeit der Leistung für sich verbuchen durfte, ist im Bereich der Verwendungsplanung ebenfalls wieder herzustellen, nachdem die Zuord-

⁵⁵⁰ BGH, VersR 65, 803 f.

nung der Sekundärzweckstörungsrisiken zugunsten des Gläubigers verschoben wurde. Das heißt natürlich nicht, daß der Gläubiger jeden Vorteil, den er nicht eingeplant hatte, abführen mußte. Der Vorteil muß zum einen als Pendant zur homogenen, unvorhersehbaren Verwendungszweck- und Äquivalenzstörung⁵⁵¹ jenseits aller Wahrscheinlichkeit⁵⁵² gelegen haben und muß sich darüber hinaus bei allen potentiellen Nachfragern niedergeschlagen haben. Vorteile, die der Gläubiger nur auf Grund seiner individuellen Vorkehrungen zu ziehen imstande ist, braucht er sich nicht anrechnen zu lassen. Zum anderen muß sich die Nutzungssteigerung ohne eine Änderung der geplanten Verwendung erzielen lassen; es sei denn, daß der Gläubiger die Leistung tatsächlich – in Übereinstimmung mit allen anderen potentiellen Nachfragern – zu einem Zweck einsetzt, der höhere Gewinne verspricht.⁵⁵³

Unter diesen Bedingungen hat der Gläubiger nach den spiegelbildlich verkehrten Minderungsgrundsätzen ein höheres Entgelt zu bewilligen. Wie schon bei der homogenen Zweckstörung⁵⁵⁴ nachgewiesen wurde, muß sich das die Verbesserung der Nutzung ermöglichende Ereignis relativ kurz nach der Erbringung der Leistung bemerkbar machen, um eine Erhöhung des Entgelts als gerechtfertigt erscheinen zu lassen.

§ 7 Die Bedeutung der „Gemeinsamkeit“ von Fehlvorstellungen bei Leistungerschwerungs-, Zweckstörungen- und sonstigen Äquivalenzstörungsrisiken

Das bislang entwickelte Risikoverteilungssystem beruht auf der These, daß der „Gemeinsamkeit“ von Fehlvorstellungen grundsätzlich keine Bedeutung für die Risikozuordnung zukommt. Das Bild, das von der Risikoverteilung gezeichnet

⁵⁵¹ Siehe oben S. 328 ff.

⁵⁵² Zu eng BGH (WM 62, 53), der von Risikogeschäft nur spricht, wenn sich ein ungewisses Ereignis zum Nachteil beider Parteien auswirkt. Das wird aber kaum jemals der Fall sein. Risiko ist vielmehr die Möglichkeit einer Fehlplanung, einer falschen Einschätzung der künftigen Entwicklung. Auch wenn es sich bei seiner Realisierung nur zu Lasten oder zugunsten einer Partei auswirkt, ist es doch für beide Parteien relevant. Das erhellt die zitierte Entscheidung. Der Käufer hatte in Anrechnung auf den Kaufpreis eine LAG-Last übernommen. Beide Parteien rechneten mit der Möglichkeit, daß die zu übernehmende Last ganz oder partiell wegfallen könne. Damit ist ein Risiko für beide Parteien gegeben. Der Verkäufer wird der Möglichkeit eines Wegfalls der Last durch eine Erhöhung des Kaufpreises Rechnung tragen und der Käufer wird in Hinblick auf die Gewinnchance darauf eingehen. Fällt die Last dann später tatsächlich weg, so hat sich das Risiko nur zu Ungunsten des Verkäufers realisiert; er hatte aber die Möglichkeit, es durch einen entsprechenden Wagniszuschlag zu absorbieren. Der Käufer hätte das volle Risiko tragen müssen, wenn er gezwungen gewesen wäre, trotz der Entrichtung eines Gewinnzuschlages die volle Last abzudecken. Ist die Ungewißheit der zukünftigen Entwicklung vorhersehbar, so ist es, falls das Risiko homogen ist, immer für die subjektive Äquivalenzentscheidung beider Parteien relevant. Man denke nur an das Beispiel, daß ein Bild eines jungen Malers gekauft wird, der gute Aussichten hat, berühmt zu werden.

⁵⁵³ Das Anfechtungsrecht des Schuldners bleibt unberührt.

⁵⁵⁴ Siehe oben S. 361 f.

wurde, wäre jedoch unvollständig, würde man nicht auch die Fälle erwähnen, in denen ausnahmsweise die „Gemeinsamkeit“ des Irrtums zu einer Risikoentlastung des Irrenden führt.

Von einer Gemeinsamkeit der Fehlvorstellungen kann man sprechen, wenn beide Parteien dieselben Faktoren in ihrer Leistungs- und Verwendungsplanung bzw. bei ihrer Äquivalenzentscheidung zugrunde gelegt haben, die, wie sich später zeigt, nicht mit der Realität übereinstimmen. Ob sich die Fehlbeurteilung letztlich nur zu Ungunsten einer der Parteien oder beider Teile auswirkt, ist für die „Gemeinsamkeit“ der Fehlvorstellung unerheblich.

Ein Teil der durch gemeinsame Fehlvorstellungen charakterisierten Äquivalenzstörungen läßt sich durch eine sachgerechte *Auslegung* der Vereinbarung beheben. Dies ist immer dort möglich, wo sich aus der Vereinbarung der Parteien Bewertungsmaßstäbe für die Verteilung von Risiken ergeben. Hatte sich beispielsweise der Käufer eines Grundstückes verpflichtet, in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Umstellungsgrundschuld zu übernehmen, die später durch das Lastenausgleichsgesetz um mehr als die Hälfte herabgesetzt wurde, so läßt sich der Kaufvertrag ohne weiteres dahin auslegen, daß der Betrag an den Verkäufer auszukehren ist, um den sich die dingliche Last gemindert hat.⁵⁵⁵ Zu dieser Fallgruppe gehört ferner der berühmte „*Rubel*“-Fall,⁵⁵⁶ da die Parteien sich auf den amtlichen Kurs geeinigt hatten und der Verkäufer lediglich verhindern wollte, daß ihm später Rubel zurück-erstattet werden würden, die er nach seiner Rückkehr nach Deutschland nicht mehr hätte gebrauchen können.⁵⁵⁷

Auf Schwierigkeiten stößt die – ergänzende – Auslegung jedoch dort, wo sich aus der Vereinbarung keine unmittelbar anwendbaren Maßstäbe für die Risikoverteilung ableiten lassen.

Dies läßt sich am „*Altmetail-Lager*“-Fall⁵⁵⁸ verdeutlichen. Die Verkäuferin veräußerte ihr Altmetail-Lager. Da ihr das Gewicht der bei ihr gelagerten Vorräte unbekannt war, wurden die einzelnen Posten von den Parteien nach Eisenbahnwaggons geschätzt. Auf der Basis des Tagespreises wurde dann der Verkaufswert auf 35 700.– DM berechnet. Später stellte sich heraus, daß die Parteien einen Posten Brockeneisen, der 80 Waggons betrug, nur mit 40 Waggons beziffert hatten.⁵⁵⁹

Die gleiche Konstellation findet sich in einer Reihe von Entscheidungen, die die Auswirkungen der *Lastenausgleichs*gesetzgebung auf Grundstückskaufverträge

⁵⁵⁵ KG, NJW 58, 910; OLG Hamburg, NJW 56, 184; vgl. auch BGH, WM 67, 1279.

⁵⁵⁶ RGZ 105, 406; dazu *Flume*, AT, S. 501 f.; *Rothoef*, System aaO, S. 184; *Enneccerus-Nipperdey*, AT, S. 1041; *Larenz* SchR, S. 313.

⁵⁵⁷ Zu einem sachgerechten Ergebnis führt die Auslegung unschwer auch in RGZ 121, 141 ff, wenn man den wirtschaftlichen und zeitlichen Zusammenhang von Miet- und Kaufvertrag beachtet. Ähnlich *Larenz*, GG, S. 85 f.

⁵⁵⁸ RGZ 90, 268.

⁵⁵⁹ Mit Hilfe der Auslegung könnte dieser Fall nur bewältigt werden, wenn sich feststellen ließe, daß der Käufer die doppelte Menge Alteisen doppelt so hoch bewertet hat. Dies ist angesichts des wirtschaftlichen Erfahrungssatzes, daß mit steigendem Angebot der Preis sinkt, keineswegs sicher. Fragwürdig daher *Rothoef*, System aaO, S. 186.

klären, in denen die Parteien gemeinsam von falschen Prämissen ausgegangen waren.

In einem dieser Fälle⁵⁶⁰ vereinbarten die Parteien, daß der Käufer zusätzlich⁵⁶¹ zum Kaufpreis die zukünftige Lastenausgleichsverpflichtung des Verkäufers übernehmen solle. Dabei gingen beide Teile davon aus, daß die Lastenausgleichsbelastung auf 160 000.– bis 180 000.– DM berechnet werden könnte. Später stellte sich heraus, daß die Belastung um ca. 95 000.– DM niedriger lag, als bei Vertrags-schluß angenommen worden war.

Die Besonderheit all dieser Fälle liegt zum einen darin, daß das Risiko durchaus vorhersehbar war. Jede der Parteien war in der Lage, das Risiko zu kalkulieren und in ihrer Äquivalenzentscheidung entsprechend ihrer Bewertung des Risikos sowie ihrer individuellen Risikobereitschaft durch mehr oder minder große Wagniszuschläge⁵⁶² zu berücksichtigen.⁵⁶³ Im „Altmetall-Lager“-Fall müßte man normalerweise sogar von einem Erkenntnisvorsprung des Verkäufers sprechen.

Die Parteien waren aber in allen diesen Fällen augenscheinlich überein gekommen, die Gefahr, daß sich die Realität von ihren Schätzungen erheblich entfernt, *auszuklammern*.⁵⁶⁴ Sie gründeten ihre Äquivalenzentscheidung bewußt auf die Ausnahme, daß das von ihnen – innerhalb einer gewissen Bandbreite – für am wahrscheinlichsten gehaltene Datum mit der Realität im Einklang stehe. Sie verzichteten daher auch auf Risikoprämien,⁵⁶⁵ die die Unsicherheit der Bewertung ausgeglichen

⁵⁶⁰ BGH, NJW 61, 1859f; ferner BGH, WM 68, 1010ff; NJW 58, 906.

⁵⁶¹ D.h. nicht in Anrechnung auf den Kaufpreis!

⁵⁶² Vgl. BGH, WM 59, 1135; WM 62, 150; 62, 53; 62, 681. Der BGH (DB 71, 2060) spricht hier von Risikogeschäft. Ob die Vertragsparteien im Einzelfall dazu in der Lage sind, hat man anhand des Kriteriums der Vorhersehbarkeit zu beurteilen, nicht danach, ob die Parteien das Risiko tatsächlich erkannt haben.

⁵⁶³ Unhaltbar aber BGH, WM 62, 681: Haben die Vertragspartner Rechte übertragen, die für praktisch unrealisierbar gehalten wurden, so könne durch den Umstand, daß sie nunmehr wider Erwarten durchsetzbar werden, eine Äquivalenzstörung eintreten. Gerade der Umstand, daß man eine bestimmte Entwicklung nicht erwartet, gibt erst Anlaß, Wagniszuschläge in Rechnung zu stellen. Diese Wagniszuschläge sollen das Risiko aufwiegen, daß eine abweichende Entwicklung sichtbar wird. Realisiert es sich später, so ist das kein Beweis dafür, daß die Gefahr geringer war, als die Parteien angenommen haben. Umgekehrt kann der Empfänger des Wagniszuschlages das zusätzliche Entgelt auch behalten, wenn sich das Risiko nicht verwirklicht.

⁵⁶⁴ Zutreffend P. Ulmer, AcP 174 (1974), 190; unzutreffend hingegen Goltz, Motivirrtum aaO, S. 244.

⁵⁶⁵ Wenig aussagekräftig ist das Kriterium „bewußt ein Risiko eingegangen worden ist“, wenn man es wie der BGH (WM 62, 681) verwendet. In der genannten Entscheidung hatte der Käufer ein bombengeschädigtes Grundstück erworben und sich gleichzeitig die dubiose Kriegsschädenersatzforderung abtreten lassen, die später als LAG-Anspruch realisierbar wurde. Der BGH meinte, nur der Käufer könne spekulativ gehandelt haben, da sich das Geschäft lediglich zu seinen Lasten nachteilig auswirken könne, wenn die Forderung nicht durchsetzbar sein sollte. Es sei jedoch nicht ersichtlich, wieso auch für die Verkäuferin die Gefahr einer von einem ungewissen Ereignis abhängigen Vermögenseinbuße bestanden haben sollte; denn ob der Käufer etwas erhalten habe oder nicht, sei für sie wirtschaftlich bedeu-

hätten. So berechneten sie im „Altmetall-Lager“-Fall das Entgelt ausschließlich auf der Grundlage des Tagespreises und dem von ihnen gemeinsam geschätzten Lagerbestand. In dem „Lastenausgleichs“-Fall gingen sie offensichtlich einerseits vom Wert des unbelasteten Grundstückes und andererseits von einer bestimmten Höhe der Belastung durch Lastenausgleichsabgaben aus. Sie setzten damit gemeinsam einen *individuellen Wertmesser* in Geltung.⁵⁶⁶

Diese Art der Vereinbarung dürfte durch den gemeinsamen Wunsch motiviert sein, kein Wagnis einzugehen. Das hat auch der BGH⁵⁶⁷ hervorgehoben, wenn er anlässlich der Entscheidung über die Lastenausgleichsfälle – etwas zu generalisierend – ausführte, daß der gewöhnlichen Interessenlage zufolge bei Grundstücksverkäufen weder der Verkäufer noch der Käufer bereit sei, ein besonderes Wagnis einzugehen, weil ihnen ein Wagniszuschlag einen zu unsicheren Ausgleich biete.⁵⁶⁸ Darüber hinaus mögen sich die Parteien auch aus verhandlungsökonomischen Gründen auf einen gemeinsamen Ausgangspunkt geeinigt haben, um eine Auseinandersetzung über das Ausmaß etwaiger Risikoprämien zu vermeiden.

Ist diese vollständige oder partielle *Ausklammerung bestimmter Risiken*⁵⁶⁹ in den Vertragsverhandlungen zum Ausdruck gekommen,⁵⁷⁰ so erscheint eine Korrektur des Vertrages gerechtfertigt, wenn sich später herausstellt, daß die Realität erheblich von den gemeinsamen Prämissen der Äquivalenzentscheidung abweicht. Sie hat, da das Fehlen autonomer Wertmaßstäbe eine ergänzende Auslegung verbietet, in Ablehnung an die für Leistungserschwerungen, Zweckstörungen sowie Leistungserleichterung und Erhöhung der Nutzbarkeit entwickelten Regeln zu erfolgen.

Von einer gemeinsamen Ausklammerung von Risiken kann jedoch dort nicht

tungslos gewesen. – Trotz der Behauptung über die angebliche wirtschaftliche Bedeutungslosigkeit des Risikos für die Verkäuferin erkennt er der Verkäuferin aber einen Ausgleichsanspruch zu, falls die Forderung doch realisierbar geworden sein sollte. Die Tatsache, daß die Verkäuferin an einem Ausgleichsanspruch interessiert ist, zeigt nun doch nur zu deutlich, daß die Realisierbarkeit der Forderung für sie eben nicht „wirtschaftlich bedeutungslos“ war, daß auch sie über den wirtschaftlichen Wert der dubiosen Forderung „spekulieren“ konnte. Ihre Vermögenseinbuße besteht darin, daß sie eine Forderung veräußert hat, der sie wenig Wert beigemessen hat, weil die Wahrscheinlichkeit der Realisierung gering war und weil sie deshalb ein im Vergleich zu dem später realisierten Betrag nur geringfügiges Entgelt erzielt hat. Vom Standpunkt des BGH aus würde auch der Verkäufer einer Aktie „kein bewußtes Wagnis“ eingehen, wenn er eine Aktie verkauft, weil er an eine „Baisse“ glaubt, während sich in Wirklichkeit eine von ihm nicht erwartete „Hausse“ entwickelt.

⁵⁶⁶ Vgl. *Fikentscher*, SchrR, S. 119 f.

⁵⁶⁷ BGH, WM 68, 1011; DB 71, 2060 f.

⁵⁶⁸ Vgl. auch BGH, NJW 67, 721 f.

⁵⁶⁹ Man könnte diese Entscheidung mit *Flume*, AT, S. 498 dogmatisch dahin einordnen, daß die Parteien bestimmte, von ihnen für am wahrscheinlichsten gehaltene Umstände in den Vertrag einbezogen haben. Diese Auslegung ist aber nur auf der Grundlage der hier entwickelten Wertung möglich.

⁵⁷⁰ Denn die Formel, „wer um das Risiko wisse und trotzdem einen Vertrag schließe, nehme bewußt das Risiko in Kauf“ (BGH, WM 59, 1135) ist genauso richtig, so daß die Entscheidung für den einen oder den anderen Risikoverteilungsmodus vom Willen der Parteien abhängt. Liegt eine unvorhersehbare Störung vor, so gelten die allgemeinen Regeln.

mehr die Rede sein, wo den Parteien die Gefahr gar nicht bewußt geworden ist, daß das von ihnen gemeinsam verwertete Datum falsch sein könnte. In derartigen Fällen besteht kein Anlaß, diejenige Partei von der Äquivalenzstörung zu entlasten, die sich genauso gut wie ihr Vertragspartner zu vergewissern vermochte, ob der für sie relevante Entscheidungsfaktor mit der Wirklichkeit übereinstimmte bzw. die zukünftige Entwicklung genauso gut vorhersehen konnte. Die Risikoverteilung bei Austauschverträgen kann nämlich nicht den Sinn haben, jede Partei von Risiken zu befreien, die kalkulierbar sind. Es ist vielmehr gerade Sinn des Vertrages, die Komplexität der Umwelt und die Offenheit der zukünftigen Entwicklung für den Versprechensempfänger auszuschalten, es sei denn, daß besondere Umstände für eine Risikoabwälzung sprechen. Die bloße „Gemeinsamkeit“ in dem Einsatz von Planungs- und Entscheidungsfaktoren gehört jedoch, wie mehrfach bereits hervorgehoben wurde,⁵⁷¹ nicht dazu.

Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, daß die gemeinsame Verwendung von Daten im Planungsprozeß bei der Entscheidung über die subjektive Äquivalenz nur dann die Bindung an das Versprechen einschränkt, wenn die Parteien das daraus resultierende Risiko „gemeinsam“ ausgeklammert haben, oder sich aus der Vereinbarung Maßstäbe für die Zuordnung des Risikos ergeben.

⁵⁷¹ Siehe insbes. oben S. 25 ff.

Fünftes Kapitel

Planungswidriger Aufwand und Zweckstörung in Arbeitsverhältnissen

In dem vorhergehenden Kapitel wurde gezeigt, wie sich in Durchbrechung der §§ 275, 279, 323 BGB Risiken planungswidrigen Aufwandes und Zweckstörungsrisiken sachgerecht zuordnen lassen, wenn man die Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“ und „Absorption“ in den Vordergrund stellt. Diese Kriterien sind zwar nicht allein für die Verteilung der Risiken ausschlaggebend. Vielmehr können weitere Wertungen eine Rolle spielen. Immerhin kann aber so viel gesagt werden, daß sie das Risikoverteilungssystem prägen.

Ein Beispiel, in dem das Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip weitgehend durch vertragsspezifische Wertungen modifiziert werden, liefert das Arbeitsverhältnis. Bei ihm kommen besonders stark sozialpolitisch motivierte Wertungen zum Tragen. Im folgenden soll das Zusammenspiel des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens mit den allgemeinen Zurechnungsprinzipien eingehender untersucht werden.

§ 1 Die Eigenständigkeit der arbeitsrechtlichen Risikoverteilung

Die auf normale Austauschverträge zugeschnittenen Risikozurechnungsprinzipien der arbeitsteiligen Veranlassung, abstrakten Beherrschbarkeit und Absorption lassen sich so, wie sie im Rahmen normaler Austauschverhältnisse ausgeprägt wurden, nicht ohne weiteres für die Verteilung von Risiken planungswidrigen Aufwandes und Zweckstörungsrisiken in Arbeitsverhältnissen fruchtbar machen. Aus arbeitsrechtlicher Sicht untragbare Ergebnisse sind nämlich die Folge, wenn man versucht, sich im Bereich der Arbeitsverhältnisse *ausschließlich* an den für Kauf-, Werk- oder Dienstverträge maßgeblichen Zurechnungselementen und den für sie entwickelten Konkretisierungsmerkmalen zu orientieren. Das wird besonders deutlich, wenn man den Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken im Problemkreis der gefahrengeneigten Tätigkeit und den Veranlassungsgedanken in Fällen anwendet, in denen der Arbeitnehmer seine Leistung nicht zu erbringen vermag, weil der Arbeitgeber den Betrieb einstellen mußte.

1. Das Risiko der gefahrengeneigten Tätigkeit aus der Perspektive des „Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- sowie Absorptionsprinzips“

Die Gefahr, im Rahmen des Leistungsprozesses einen anderen Vertragspartner oder einen Dritten schuldhaft zu schädigen und deshalb Schadensersatz leisten zu müssen, stellt ein typisches Risiko planungswidrigen Aufwandes dar, das der Ar-

beitgeber veranlaßt hat.¹ Behandelt man den Arbeitsvertrag als normalen Austauschvertrag und wendet man allein die in den vorhergehenden Kapiteln herausgearbeiteten Risikozurechnungsprinzipien an, deren Bezugspunkt Märkte sind, bei denen typisierend unterstellt wurde, daß sich innerhalb eines gewissen Spielraumes wirtschaftlich gleich mächtige Austauschpartner gegenüberstehen und bei denen davon ausgegangen wurde, daß vornehmlich aus Wettbewerbsgründen die finanzielle Ausstattung der Parteien unerheblich sein muß,² so hat der Arbeitnehmer auch bei einer gefahrengeneigten Tätigkeit das volle Risiko einer leicht fahrlässigen Schadensverursachung auf sich zu nehmen; denn die Tatsache, daß der Arbeitnehmer schuldhaft gehandelt hat, wiegt so schwer, daß sich die Waagschale trotz der Veranlassung des Risikos durch den Arbeitgeber und dessen Beherrschungsmöglichkeiten zuungunsten des Arbeitnehmers neigt.

Die Beherrschungschancen des Arbeitgebers geraten bei einem Vergleich mit den Steuerungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers, der nur dafür zu sorgen hat, daß die verkehrserforderlichen Verhaltensmaßregeln beachtet werden, klar ins Hintertreffen. Dies gilt auch dann, wenn man die Beherrschungsmöglichkeiten beider Parteien vor dem Hintergrund eines längeren Zeitraumes einander gegenüberstellt. Selbst unter diesen Umständen vermag der Arbeitnehmer das Schadensrisiko nach den für normale Austauschverträge formulierten Grundsätzen besser zu kalkulieren und diesen Informationsvorsprung besser in Gefahrenabwehr- und Absorptionsmaßnahmen umzusetzen.

Langfristig gesehen ist es zwar *so gut wie unmöglich*, daß den Arbeitnehmer keinerlei Sorgfaltsverstoß trifft,^{2a} mögen auch Art und Häufigkeit dieser Fehler entsprechend den unterschiedlichen Anlagen und Fähigkeiten von Arbeitnehmer zu Arbeitnehmer divergieren. Ferner ist es gerade für Arbeitsverhältnisse charakteristisch, daß der Arbeitgeber den Arbeitsablauf weitgehend *programmieren* und das *Arbeitsstempo bestimmen* kann.

Der Arbeitgeber ist somit theoretisch in der Lage, durch entsprechende technische und organisatorische Vorkehrungen eine Vielzahl denkbarer Sorgfaltsverstöße von vornherein abzuwehren oder doch in ihren Auswirkungen zu mildern. Es liegt daher nahe, hieraus den Schluß zu ziehen, daß die Beherrschungsmöglichkeiten des Arbeitgebers denen des Arbeitnehmers relativ gleichwertig seien, ja sie sogar übertreffen würden.³

Bei eingehender Analyse zeigt sich indessen, daß der Arbeitgeber das Risiko im Sinne des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit gar nicht so gut in den Griff bekommen kann, wie das den Anschein haben mag.

¹ Canaris, RdA 66, 45; Larenz, JuS 65, 375f; Genius, AcP 173, 523f; Söllner, Arbeitsrecht (ArbR), S. 216; wohl auch Hübner, Schadenszurechnung aaO, S. 144, ähnlich Gamillscheg/Hanau, Haftung des Arbeitnehmers, S. 46ff.

² Siehe oben S. 89ff.

^{2a} Aus diesem Umstand will Steindorff, JZ 59, 4f eine Modifizierung des Sorgfaltsmaßstabes herleiten.

³ So wohl Canaris, RdA 66, 45; Gamillscheg/Hanau, Haftung aaO, S. 54ff, bes. S. 57.

Aus der Tatsache, daß der Arbeitnehmer die von ihm geforderte Tätigkeit nicht nach seinen eigenen Vorstellungen verrichten darf, daß er im Hinblick auf den Arbeitsrhythmus und die Hilfsmittel an die Weisungen des Arbeitgebers gebunden ist, folgt – wie bereits dargetan wurde⁴ – *nur*, daß er für etwaige Risiken *nicht* nach *abstrakten* Beherrschbarkeitsgrundsätzen einzustehen hat. Die Möglichkeit, im Rahmen der Weisungen die erteilten Aufträge mit der angemessenen Sorgfalt zu erfüllen, wird ihm nämlich durch die Beschneidung des Spielraumes zur selbstverantwortlichen Entscheidung nicht genommen. § 645 I BGB hat deshalb auch den Werkunternehmer, der weisungsgebunden ist, nur von abstrakt beherrschbaren Risiken, nicht aber von der Gefahr eines fahrlässigen Fehlverhaltens entlastet. Gegen diese Parallele mag man vorbringen, der selbständige Werkunternehmer könne den Auftrag in Ruhe und Muße abwickeln, während der Arbeitnehmer der Monotonie der Arbeit mit ihrer Gewöhnung an die Gefahr und einem hohen Leistungstempo ausgesetzt sei.⁵ Dieser Einwand steht jedoch mit der wirtschaftlichen Realität nicht im Einklang; denn auch der Unternehmer, der sich am Markt behaupten will, kann es sich nicht erlauben, seine Arbeitskraft nicht so intensiv wie möglich einzusetzen.⁶ Gleiches gilt für die die Wachsamkeit einschläfernde Monotonie der Arbeit, mit der sich auch selbständig Tätige konfrontiert sehen können, da die Monotonie von der Art der Arbeit, nicht von der Art des Beschäftigungsverhältnisses abhängt. Diese Monotonie mag zwar bei vielen, typischerweise nur von Arbeitnehmern ausgeübten Beschäftigungen wie Fließbandproduktion besonders stark sein. Der relativ höhere Grad an Monotonie rechtfertigt aber nicht den Umfang des Haftungsprivileges, weil man sonst den Kraftfahrer, der auf winterlichen Straßen einen Unfall verschuldet, voll haften lassen müßte; denn die Monotonie dieser Tätigkeit wird beispielsweise nicht dadurch größer, daß der Schädiger anstatt als selbständiger Handelsvertreter als angestellter Handlungsgehilfe unterwegs ist.

Wichtiger für den Vergleich der abstrakten Beherrschbarkeit der Gefahr durch den Arbeitgeber einerseits und ihrer aufwandsabhängigen Steuerung durch den Arbeitnehmer andererseits ist der Umstand, daß der Arbeitgeber häufig überhaupt keine Gelegenheit besitzt, zu verhindern, daß der Arbeitnehmer ihn oder andere durch vorwerfbares Fehlverhalten schädigt, wenn man vom Arbeitgeber nicht offensichtlich übertriebene Abwehrvorkehrungen verlangen will. Ein Paradebeispiel dafür ist gerade die vielfach gefahrgeneigte Tätigkeit des Kraftfahrzeugführers. Auf das konkrete Fahrverhalten des Kraftfahrzeuglenkers hat der Arbeitgeber keinerlei Einfluß. Er könnte daher die Schadensquote nur dadurch mindern, daß er den Arbeitnehmer ausschließlich bei gutem Wetter, auf guten Straßen fahren läßt und die zu befördernden Güter so verpackt, daß sie auch einen Unfall ohne Schaden überstehen. Daß derartige Formen der „Beherrschbarkeit“ die Grenze zum Absurden überschreiten, bedarf keiner Betonung.

⁴ Siehe oben S. 169f.

⁵ *Gamillscheg*, Verhandlungen des 45. DJT, S. G/15 ff.

⁶ *Mayer-Maly*, Verhandlungen des 45. DJT, S. G/43.

Freilich ist zuzugeben, daß der Arbeitgeber in der Regel die Quote fahrlässig herbeigeführter Unfälle durch entsprechende technische und organisatorische Vorkehrungen beträchtlich zu senken vermag, ohne daß der Einwand der „evident überzogenen Aufwendungen“ gemacht werden könnte. Die abstrakte Möglichkeit, die Gefahr eines Sorgfaltsverstosses und seine Folgen abzuwehren, genügt jedoch für sich allein nicht. So wird man dem Arbeitgeber in einem Fall, in dem ein bei ihm beschäftigter Kraftfahrer einen Unfall schuldhaft verursacht hat, nicht ohne weiteres entgegenhalten dürfen, er habe den Transport auch mit der Bahn abwickeln können oder dem Kraftfahrer mehr Zeit für die Erledigung des Transportes zugestehen können. Diese Einwendungen gegen einen auf fahrlässiges Verhalten gestützten Schadensersatzanspruch müßte man nämlich sonst auch dem selbständigen Frachtführer zugestehen, der sich verpflichtet hat, Ware innerhalb eines bestimmten Zeitraumes bei einem Kunden des „Arbeitgebers“ abzuliefern. Entscheidend für einen Vergleich der Beherrschungsmöglichkeiten beider Parteien ist vielmehr, mit welcher Sicherheit sie dafür sorgen können, daß das Schadensrisiko mit gesamtwirtschaftlich optimalen Vorkehrungen gebannt wird.

Nur in relativ wenigen Fällen wird man ohne weiteres sagen können, der für bestimmte Vorkehrungen erforderliche technische Aufwand stehe in einem angemessenen Verhältnis zu den aus einem Fehlverhalten des Arbeitnehmers drohenden Schäden. Der Arbeitgeber sei daher verpflichtet, diese Vorkehrungen zu treffen, wenn er sich nicht dem Vorwurf eines kompensierenden Mitverschuldens aussetzen will.⁷ In den Kreis dieser vom Arbeitgeber geschuldeten Schutzmaßnahmen werden lediglich die traditionell eingeführten bzw. die nach gesundem Menschenverstand einleuchtenden Vorkehrungen fallen, bei denen eine angemessene Aufwand/Nutzen-Relation klar zutage liegt.

Ein großer Teil der gesamtwirtschaftlich durchaus vertretbaren technischen und organisatorischen Einrichtungen, die Sorgfaltsfehler des Arbeitnehmers verhindern oder auffangen könnten, liegt indessen jenseits des Bereiches verkehrsüblicher und verkehrsangemessener Standards. Ein Verzicht auf derartige gesamtwirtschaftlich rentable Schutzvorkehrungen kann dem Arbeitgeber nur auf der Basis des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit zugerechnet werden.

Vergleicht man nun die *abstrakte* Beherrschbarkeit des Risikos durch den Arbeitgeber mit der Möglichkeit des Arbeitnehmers, die Gefahr durch *sorgfältiges* Verhalten auszuschalten, so schlägt das Pendel zuungunsten des Arbeitnehmers aus. Der Arbeitnehmer hat nämlich sein Verhalten lediglich an den Standards verkehrserforderlicher Sorgfalt zu orientieren.⁸ Diese Standards sind verhältnismäßig leicht zu erkennen, und der durchschnittliche Arbeitnehmer ist auch in der Lage, ihnen ohne

⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 63, 61, 57, 53, 50 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; *Steindorff*, Anm. zu AP Nr. 57 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

⁸ Es kann im Rahmen dieser Untersuchung dahingestellt bleiben, ob der Arbeitnehmer verpflichtet ist, für die ihm mögliche Sorgfalt (so *Nikisch*, Arbeitsrecht [ArbR], Bd. I, S. 300) oder die objektive Sorgfalt (so *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts [ArbR], Bd. I, S. 228f) einzustehen.

Schwierigkeiten zu genügen. Der Arbeitgeber hingegen, dem das Risiko nur kraft abstrakter Beherrschbarkeit zugerechnet werden kann, vermag sich nicht auf normative Standards zu stützen. Er muß die Maßstäbe wirtschaftlich optimaler Schutzvorkehrungen selbst anhand von Prognosen über die Wahrscheinlichkeit von Schäden aufstellen. Dabei hat er vor allem mit dem Unsicherheitsfaktor zu kämpfen, daß die Wahrscheinlichkeit eines Fehlverhaltens des Arbeitnehmers wesentlich von dessen persönlichen Anlagen und dessen sozialer Situation abhängt.⁹ Dies sind Faktoren, die zu den Interna des Arbeitnehmers gehören und daher für den Arbeitgeber nicht ohne weiteres erkennbar sind. Insbesondere dort, wo die Fluktuation von Arbeitnehmern groß ist, wird der Arbeitgeber kaum jemals sichere Aussagen über die individuelle Neigung zu Sorgfaltsverstößen machen, sondern allenfalls¹⁰ langfristige Annäherungswerte ermitteln können. Setzt er diese Werte zu niedrig oder zu hoch an, so wird er gesamtwirtschaftlich unrentable Investitionen machen, die seine Wettbewerbsfähigkeit bedrohen.

Das gleiche Schadensrisiko kann mithin vom Arbeitnehmer, der sein Verhalten an im Zeitpunkt des Handelns vorgegebenen Standards ausrichten kann, bedeutend einfacher und zuverlässiger unter Kontrolle gehalten werden als vom Arbeitgeber, der darauf angewiesen ist, die optimalen Schutzvorkehrungen erst mit Hilfe relativ unsicherer Prognosen über die Wahrscheinlichkeit eines Sorgfaltsverstößes und das Ausmaß der daraus resultierenden Schäden zu eruieren.¹¹ Im Rahmen von normalen Austauschverträgen überlagert¹² deshalb ein fahrlässiges Fehlverhalten eines Vertragspartners immer die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten des anderen Teiles.¹³

Auf funktionsfähigen Wettbewerbsmärkten, auf die das Beherrschbarkeitsprinzip zugeschnitten ist und deren Existenz bei normalen Austauschverträgen generalisierend unterstellt wird, muß diese Form der Risikoverteilung keineswegs eine bestimmte, gesamtwirtschaftlich optimale Form der Gefahrenabwehr, die nur dem Dienstherrn möglich ist, im Keim ersticken. Der Schuldner kann nämlich die von ihm fahrlässig verursachten Schäden, mit denen er aufgrund seiner Fähigkeiten langfristig rechnet, bei der Bemessung der Vergütung berücksichtigen.¹⁴ Die Löhne

⁹ Vgl. *Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, S. 76f.

¹⁰ Hier sind auch Fälle zu berücksichtigen, in denen der Unternehmer sich in einer für ihn neuen Sparte betätigt und sich dabei auf die von ihm angestellten Spezialisten verläßt. Auch dort, wo er in bestimmten Bereichen nur einzelne Spezialisten beschäftigt, wird häufig deren Risikoerfahrung die des Unternehmers übertreffen.

¹¹ Zu undifferenziert daher *Calabresi*, Costs aaO, S. 164f.

¹² Dies steht nicht im Widerspruch zur Schadenszurechnung im Rahmen der Gefährdungshaftung, da sich hier der Schuldner mit dem Vertragsschluß freiwillig der Gefahr exponiert. Vgl. *Müller-Erzbach*, AcP 106, 352ff; *Larenz*, SchR I, S. 426.

¹³ Vgl. auch *Müller-Erzbach*, AcP 106, 451.

¹⁴ Aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht vgl. *Demsetz*, 1 Journal of Legal Studies, 22; ferner *Horn*, AcP 176 (1976), 327 mit einem Hinweis auf die in den Vereinigten Staaten geführte Diskussion um die Einführung einer Arbeiterunfallversicherung.

müßten also um so höher ausfallen je größer die Gefährlichkeit der Tätigkeit ist und je geringer der Arbeitnehmer seine Konzentrations- und Reaktionsfähigkeit einschätzt.¹⁵ Der Arbeitgeber kann sich dann überlegen, ob er mit Hilfe von Schutzvorkehrungen, die für den Arbeitnehmer das Risiko eines planungswidrigen Aufwandes in Form einer Schadensersatzpflicht mindern, den Lohn überproportional drücken kann.¹⁶ Im Unterschied zu einer Zurechnung auf der Grundlage der abstrakten Beherrschbarkeit würde der Arbeitgeber jedoch nicht darauf angewiesen sein, Kosten der Abwehrmaßnahmen und die Wahrscheinlichkeit eines vom Vertragspartner schuldhaft verursachten Schadens in Relation zu setzen, sondern nur die Abwehraufwendungen gegen den Nachlaß abzuwägen, den der Arbeitnehmer bei entsprechenden Schutzeinrichtungen zu bewilligen bereit ist. Der Unsicherheitsfaktor „individuelle Neigung zu Fehlverhalten“ würde mithin in der Sphäre des Arbeitnehmers bleiben, von dem man typischerweise am ehesten ausreichende Kenntnisse über seine persönlichen Fähigkeiten erwarten darf.

Dieser Unsicherheitsfaktor rechtfertigt es auch, häufig einen „abstrakten“ *Absorptionsvorsprung* des Arbeitnehmers zu bejahen, da der Arbeitnehmer die Gefahr eines Sorgfaltsverstosses nach den für normale Austauschverträge geltenden Kriterien besser als der Arbeitgeber einzukalkulieren vermag. Das gilt jedenfalls dort, wo es um das Risiko einer Schadensersatzpflicht als Folge einer Schädigung Dritter geht. Das zweite Wahrscheinlichkeitselement, den Umfang eines potentiellen Schadens, können nämlich Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleich gut prognostizieren. Aber auch im Hinblick auf potentielle Schäden, die unmittelbar dem Arbeitgeber drohen, wird der Arbeitnehmer in der Mehrzahl aller Fälle ihren Umfang ausreichend exakt zu überblicken vermögen.

Jedenfalls sollte man aber das Haftungsprivileg zugunsten des Arbeitnehmers nicht auf Konstellationen beschränken, in denen der Arbeitnehmer kaum ahnt, mit welchen Werten er in Berührung kommt, sonst dürfte man den Kraftfahrer, der den Wert des von ihm benutzten Fahrzeuges in etwa kennen wird, nicht von der Gefahr schadensgeneigter Arbeit entlasten.

Man mag nun freilich einwenden, der Arbeitgeber könne das Risiko leichter auf der Basis der Durchschnittskalkulation ermitteln und streuen; er könne es auch mit Hilfe seines typischerweise größeren Vermögens besser auffangen oder sich aber billiger versichern. Demgegenüber ist indessen zunächst einmal zu betonen, daß aus der Sicht des normalen Austauschvertrages der Umfang des Vermögens, das beiden Parteien zur Verfügung steht, für die Risikoverteilung außer Betracht bleiben muß.¹⁷ Gewichtiger ist das Argument, für einen Absorptionsvorsprung des Arbeit-

¹⁵ Voraussetzung ist natürlich, daß dadurch das Angebot nicht submarginal wird, weil die Nachfrager nicht bereit sind, in dieser Höhe Entgelte zu bezahlen. Gegebenenfalls müßte der verhältnismäßig am risikoreichsten arbeitende Anbieter aus dem Markt für bestimmte Leistungen ausscheiden.

¹⁶ Dabei ist zu beachten, daß die Möglichkeit zur Lohnsenkung sich auch bei den Löhnen anderer Arbeitnehmer auswirken würde, die bislang eine Differentialrente bezogen haben.

¹⁷ Siehe oben S. 89ff.

gebers spräche die Möglichkeit, das Risiko schadensgeneigter Tätigkeit auf breiter Ebene zu ermitteln und zu streuen. Die Konsequenz eines allein hierauf gestützten Absorptionsvorsprunges wäre jedoch, daß man das Haftungsprivileg lediglich Arbeitnehmern zubilligen könnte, die zusammen mit einer Vielzahl gleichgestellter Arbeitnehmer in größeren Unternehmen arbeiten, während man es demjenigen Arbeitnehmer, der in einem kleinen Unternehmen allein für eine bestimmte Geschäftssparte zuständig ist, versagen müßte. Aus diesem Dilemma kann man sich auch nicht dadurch befreien, daß man auf die durchschnittlichen Schäden abhebt, die die Arbeitnehmerschaft des Betriebes verursacht. Dann hätte man nämlich bei gefahrens-geneigter Tätigkeit auch selbständige Zulieferer, die mit dem Unternehmen langfristig zusammenarbeiten, von mit leichtester Fahrlässigkeit verursachten Schäden zu entlasten. Im übrigen muß man klar sehen, daß bei normalen Austauschverträgen einem auf Durchschnittskalkulation gestützten Absorptionsvorsprung nicht allzu viel Gewicht zukommt. Bei Mietverträgen reicht er beispielsweise dafür aus, um einen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung des Mieters zu verdrängen. Trotz dieses Absorptionsvorsprunges bleibt der Mieter aber verpflichtet, Schäden, die er dem Mietobjekt fahrlässig zugefügt hat, voll zu ersetzen.¹⁸

Die am Maßstab der verkehrserforderlichen Sorgfalt orientierte konkrete Beherrschbarkeit muß auch dann nicht nach den für normale Austauschverträge gültigen Grundsätzen zurücktreten, wenn man die Absorbierbarkeit des Risikos an der Versicherbarkeit mißt.

Oft werden bestimmte Gefahren in Situationen, in denen eine Haftungsmilderung zugunsten des Arbeitnehmers als angezeigt erscheint, gar nicht versicherbar sein. Man denke nur an den Fall, in dem ein junger, ungeübter kaufmännischer Gehilfe für seinen Vorgesetzten Auskünfte über Angebote einholen soll und infolge eines von ihm verschuldeten Hörfehlers nur einen Bruchteil des wahren Preises nennt, und der Vorgesetzte hierauf ohne weitere Rückfragen einen großen – zum Einkaufspreis unverwertbaren – Posten bestellt.¹⁹ Auch dort, wo Versicherungen existieren und sie dem Arbeitgeber sogar zu niedrigeren Prämien offenstehen, rechtfertigen sie allein das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers nicht. Es kann hier nochmals auf das Beispiel des Mietvertrages verwiesen werden.²⁰ Die bei Mietverträgen gefundene Form der Risikoverteilung ist bei schuldhaftem Verhalten im Rahmen von normalen Austauschverträgen auch durchaus am Platze; denn nur so kann gewährleistet werden, daß die Folgen von Sorgfaltsverstößen nicht externalisiert werden, sondern sich beim Schädiger gegebenenfalls in Form erhöhter Versicherungsprämien²¹ niederschlagen.²²

¹⁸ Palandt-Putzo, BGB, § 550 Anm. 1.

¹⁹ BAG, AP Nr. 53 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

²⁰ Siehe oben S. 188f u. Fn. 18.

²¹ Vgl. Müller-Erzbach, AcP 106, 418f, 452.

²² Das erhellt auch ein Blick auf die Miete. Der Mieter hat eine schuldhafte Beschädigung des Mietobjektes auszugleichen, obwohl der Vermieter das Mietobjekt gegen alle nur denkbaren

Es hat sich mithin gezeigt, daß das Risiko einer Schadensersatzpflicht aufgrund fahrlässigen Verhaltens nach den Grundsätzen der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit in aller Regel dem Arbeitnehmer voll zugerechnet werden müßte.

II. Das Primärzweckstörungsrisiko und das sogenannte Betriebsrisiko

Daß die für normale Austauschverträge entwickelten Risikozurechnungskriterien den Besonderheiten von Arbeitsverhältnissen nicht gerecht werden, erhellt auch ein Blick auf die Verteilung der Vergütungsgefahr, d.h. des Betriebsrisikos,²³ in den Fällen, in denen die Arbeitsleistung unmöglich geworden ist, der Arbeitnehmer aber, was seine Person betrifft, zur Arbeit bereit und fähig ist.

Diese These leuchtet sofort ein, wenn man an die Risikoverteilung im Falle eines Streiks denkt. Nach der von der Rechtsprechung²⁴ entwickelten Sphärentheorie haben die Arbeitnehmer das Betriebsrisiko, das aus dem Verhalten ihrer Kollegen resultiert, zu tragen. Der Lohnanspruch wird aber auch versagt, falls die Betriebsstilllegung nicht durch einen Streik im eigenen Betrieb, sondern einen Arbeitskampf in einem zu den Lieferanten des Arbeitgebers gehörenden Betrieb erzwungen wird. Mit den Zurechnungsprinzipien der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit läßt sich diese Rechtsfolge offensichtlich nicht vereinbaren. Ihr zufolge hat nämlich der Arbeitnehmer das durch Arbeitskämpfe verursachte Betriebsrisiko auf sich zu nehmen, selbst wenn er gar nicht oder in anderen Gewerkschaften organisiert ist und daher die Gefahr von Arbeitskämpfen weder steuern noch besser als der Arbeitgeber vorhersehen konnte.²⁵

Aber auch bei Betriebsstörungen durch Rohstoff- und Energieversorgungsschwierigkeiten oder hoheitliche Arbeitsverbote fließen spezifisch arbeitsrechtliche Wertungen ein.^{25a} Zunächst hat es zwar den Anschein, als könnte man die für Dienstverträge entwickelten Ergebnisse²⁶ ohne weiteres auf Arbeitsverhältnisse

Schäden versichern kann. Vgl. *Canaris*, RdA 66, 44 Fn. 45. Die Gefahr einer vermeidbaren Externalisierung erkennt *Hübner*, Schadenszurechnung aaO, S. 148 ff, 159.

²³ Zur Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung zum Problem des „Betriebsrisikos“ vgl. *Hueck-Nipperdey*, ArbR I, S. 349; *Nikisch*, ArbR I, S. 599 ff; *Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann*, BGB, § 615 Anm. 49 ff; *Jorns*, Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkrieg, S. 15 ff.

²⁴ RGZ 106, 272; BAG, AP Nr. 2, 3, 4 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

²⁵ Zu diesem Problembereich, der hier ausgeklammert bleibt, da die Lösung auf kollektivrechtlicher Basis zu suchen ist, vgl. *Mayer-Maly-Nipperdey*, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, S. 1 passim; *Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, S. 1 passim; *Löwisch*, RdA 67, 45; *Steindorff*, RdA 65, 258 f; *Ballerstedt*, AuR 66, 255 ff; *Ehmann*, DB 73, 1946 ff; *Weiß*, AuR 74, 37 ff; *Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, S. 305 ff.

^{25a} A. A. *Zöllner*, Arbeitsrecht, S. 145; wie hier i. E. *Kalb*, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, S. 98.

²⁶ Siehe oben S. 297 ff.

übertragen. Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmer arbeitsteilig eingeschaltet. Er hat ihn „veranlaßt“, ²⁷ ihm seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen und sich für einen gewissen Zeitraum fest an ihn zu binden. Kann der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht nutzen, weil der Betrieb ganz oder teilweise lahmgelegt ist, so hat der Arbeitgeber regelmäßig eine Fehlleitung von Leistungskapazität verursacht. Der Arbeitnehmer hätte nämlich möglicherweise seine Arbeitskraft nutzen können, wenn er sie einem dritten Arbeitgeber angeboten hätte. In der Regel wird auch der Arbeitgeber die Betriebsstörung besser verhüten oder auffangen können. ²⁸ Entscheidend ist dies allerdings nicht.

Selbst dort, wo der Betrieb durch ein *unvorhersehbares*, aus der *neutralen* Sphäre stammendes Ereignis blockiert wird, die Störung also im Sinne der für normale Austauschverträge konzipierten Zurechnungsprinzipien weder beherrschbar noch absorbierbar war, hat der Arbeitgeber den Lohn fortzuzahlen; denn die Zurechnung kraft „Veranlassung“ wird durch die Unbeherrschbarkeit und mangelnde Absorbierbarkeit des Risikos nicht tangiert.

Dem einzelnen Arbeitnehmer, dessen Beherrschungsmöglichkeiten durch die Weisungsgebundenheit und Eingliederung in eine Organisation stark eingeschränkt sind, kann mithin ein Betriebsrisiko, das nicht die gesamte Branche lahmlegt, nur dort angelastet werden, wo er die Betriebsstörung schuldhaft ausgelöst hat. Vom Standpunkt des Prinzips arbeitsteiliger Veranlassung aus darf dem Arbeitgeber allerdings das Betriebsrisiko *nur* für den Zeitraum auferlegt werden, innerhalb dessen er *im eigenen Interesse* die Leistungskraft des Arbeitnehmers an sich gebunden hat. Dieser Zeitraum wird nun nicht durch die vom Arbeitgeber einzuhaltenden Kündigungsfristen bestimmt. Für die Bindung ²⁹ der Leistungskapazität des Arbeitnehmers im Interesse des Arbeitgebers sind vielmehr die Kündigungsfristen maßgebend, die der Arbeitnehmer zu beachten hat. ³⁰

Gemäß § 622 II BGB darf der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis eines Arbeiters, das 5 Jahre bestanden hat, nur mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende

²⁷ Dieses Zurechnungselement spielt in der Rechtsprechung in Form des „Nutzens“-Gedankens eine Rolle. Vgl. BAG, AP Nr. 2, 5, 14, 15 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“. Ähnlich Meisinger, RdA 49, 46; Soergel-Wlotzke/Volze, BGB, § 615 Anm. 30; Galperin, RdA 49, 9. Kritisch Jorns, Betriebsrisiko aaO, S. 111 f.; Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, S. 85.

²⁸ Vgl. BAG, AP Nr. 15 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; ähnlich BAG, AP Nr. 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; vgl. ferner unten S. 428 f.

²⁹ Unter „Bindung“ ist hier die *rechtliche* Bindung zu verstehen. Nur im Rahmen der rechtlichen Bindung schaltet der Gläubiger den Schuldner ein und macht er dessen Leistungskapazität für sich verfügbar.

³⁰ Das verkennen Söllner, AcP 167, 142 f.; ders., ArbR, S. 224; Fabricius, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, S. 83; Richardi, ZfA 1974, 14, wenn sie eine Parallele zu § 645 BGB für den gesamten Zeitraum ziehen, innerhalb dessen sich der Arbeitgeber nicht aus dem Arbeitsverhältnis lösen kann. Aus dem gleichen Grunde ist daher eine uneingeschränkte Parallele zu § 615 BGB oder Ausdehnung der Annahmeverzugsregeln verfehlt. Vgl. hierzu Oertmann, AcP 116, 25 ff.

und ein zehn- bzw. zwanzigjähriges Arbeitsverhältnis nur mit einer Frist von 2 Monaten zum Monatsende bzw. von 3 Monaten zum Kalendervierteljahr kündigen. Nach § 2 AngKSchG hat der Arbeitgeber bei der Kündigung älterer Angestellter ebenfalls Fristen zu wahren, die die normalen Kündigungsfristen je nach Beschäftigungsdauer um das doppelte bis vierfache übersteigen. Die älteren Arbeiter und Angestellten können sich hingegen binnen kürzerer Frist aus dem Arbeitsverhältnis lösen. § 2 AngKSchG wendet sich ausdrücklich nur an den Arbeitgeber. In § 622 II 2 BGB ist dies zwar nicht ausdrücklich gesagt. Das BAG³¹ hat jedoch zutreffend entschieden, daß die verlängerten Kündigungsfristen nur einseitig bei Kündigung durch den Arbeitgeber gelten. Der Gesetzgeber wollte nämlich, wie die Beschränkung des Kündigungsschutzes auf Arbeiter über 40 zeigt, ausschließlich die älteren Arbeitnehmer, die bei der Suche nach einer neuen Stelle vor besonderen Schwierigkeiten stehen, schützen,³² nicht aber den Arbeitsmarkt durch Beschränkung der Fluktuation stabilisieren.³³ Der den älteren Arbeitnehmern zuge dachte Schutz würde in sein Gegenteil verkehrt werden, wenn der ältere Arbeiter nicht wie sein jüngerer Kollege kurzfristig sich bietende Chancen auf dem Arbeitsmarkt wahrnehmen könnte. Die Arbeitnehmer, zumal wenn sie zum Kreis der älteren Arbeitnehmer gehören, mögen nun vielfach darauf verzichten, den Arbeitsmarkt ständig zu beobachten und ihre durch relativ kurzfristige Kündigung freizumachende Leistungskapazität dort einzusetzen, wo bessere Konditionen geboten werden. Aus dem Blickwinkel eines primär vom Wettbewerbsgedanken geprägten Risikoverteilungssystems, das für normale Austauschverträge charakteristisch ist, müßte das jedoch irrelevant bleiben, da in diesem Verhalten nur mangelnde Flexibilität und Anpassungsfähigkeit zum Ausdruck kommen, die aus der Wettbewerbsperspektive zu Lasten des jeweiligen Vertragspartners gehen.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Arbeitgeber den Versuch unternommen hat, die Arbeitnehmer durch allerlei „goldene Fessel“ an sich zu binden. Der faktische Bewegungsspielraum des Arbeitnehmers ist nun sicherlich durch ein von der Betriebszugehörigkeit abhängiges Versprechen der Altersversorgung oder durch Gratifikationen beschnitten. Das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung³⁴ und die Rechtsprechung zu den Verfallklauseln³⁵ haben jedoch dafür gesorgt, daß ihr Gewicht nicht überhand nimmt. Selbst wenn dieses Gewicht sehr groß sein sollte, so kann doch auf diesen abhängigkeitsfördernden Entgeltsfor-

³¹ BAG, NJW 72, 1070.

³² Gleiches gilt für schwerbehinderte Arbeitnehmer (§§ 12 ff SchwbG) und Frauen während und bis vier Monate nach der Schwangerschaft (§ 9 I MuSchG).

³³ In diesem Zusammenhang ist auch § 18 I, II KSchG zu nennen, der die Folgen eines Überangebotes auf dem Arbeitsmarkt mildern soll. § 18 KSchG gilt ebenfalls nur zugunsten des Arbeitnehmers. Vgl. BAG, AP Nr. 1, 2, 5, 9, 10 zu § 15 KSchG; Hueck-Hueck, Kündigungsschutzgesetz (KSchG), § 18 Anm. 5 mit weit. Nachw.

³⁴ BGBl. I 1974, S. 3610.

³⁵ Vgl. die Nachweise bei *Blomeyer-Buchner*, Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, S. 27 ff.

men keine Zurechnung auf der Basis „Veranlassungsprinzip“ aufgebaut werden. Dem Arbeitnehmer bleibt es nämlich trotz „goldener Fessel“ unbenommen, ob er seine Arbeitskraft zu anderen Zwecken einsetzen will. Verzichtet er darauf, weil der Verlust von Anwartschaften oder die Rückzahlung von Gratifikationen schwerer wiegt als das vorübergehende Erlöschen des Entgeltanspruches, so ist das ebenso seine Sache, wie die Abwägung dieser Nachteile gegen die vom neuen Arbeitgeber offerierten Vorteile. Aus demselben Grunde kann dem Arbeitgeber auch nicht entgegengehalten werden, er habe eine Bindung „veranlaßt“, die letztlich auf die Immobilität des Arbeitnehmers sowie auf die unzureichende Markttransparenz bzw. Arbeitsmarktlage zurückzuführen ist. Derartige Gesichtspunkte müssen im Rahmen des Veranlassungsprinzips, das allein die vom Nachfrager vertraglich abgesicherte Bindung von Leistungskapazität im Auge hat, außer Betracht bleiben. Die Angemessenheit dieses Verständnisses des Veranlassungsgedankens, der ja *alle* Arten von Austauschverträgen durchzieht, leuchtet sofort ein, wenn man an die Stelle des Arbeitnehmers einen selbständigen Unternehmer setzt, der sich in einem Dauerschuldverhältnis mit monatlicher Kündigungsfrist zur Wartung von Maschinen verpflichtet hat. Der Unternehmer darf sich zweifellos nicht darauf berufen, er habe darauf vertraut, daß ihm der Vertrag über den Ablauf der Kündigungsfristen hinaus für längere Zeit ein sicheres Einkommen gewährleisten werde. Es zeigt sich somit, daß eine Übernahme der für normale Austauschverträge geltenden Grundsätze gerade die sozial schwächeren Arbeitnehmer des Schutzes berauben würde, den ihnen die zu ihren Gunsten verlängerten Kündigungsfristen verleihen sollen.

Bei Arbeitsverhältnissen führen mithin die für normale Austauschverträge entwickelten Zurechnungselemente zu keiner sachgerechten Verteilung der Risiken. Der tiefere Grund liegt in der unterschiedlichen Ausrichtung von Arbeitsrecht und normalem Vertragsrecht. Die Zurechnungsprinzipien „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“, „Absorbierbarkeit“ sind stark durch Wertungen beeinflusst, die aus dem Modell eines funktionsfähigen Wettbewerbs abgeleitet sind. Sie sollen neben anderen Kräften dafür sorgen, daß die auf den Märkten angebotenen Güter möglichst nutzbringend eingesetzt werden, der technische und organisatorische Fortschritt lebendig bleibt und leistungsunfähige Marktteilnehmer ausscheiden. Da aber auf Arbeitsmärkten der Wettbewerb typischerweise nicht voll funktionsfähig ist, fließen im Bereich des Arbeitsrechts soziale Schutzgedanken ein, die die genannten Zurechnungselemente zum Teil überlagern und modifizieren. Diesem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken ist im folgenden nachzugehen.

§ 2 Der arbeitsrechtliche Schutzgedanke

Es soll hier nicht der Versuch unternommen werden, die das Arbeitsrecht tragenden Prinzipien in vollem Umfang darzustellen. Für die Zwecke dieser Untersuchung genügt es, den Ansatz des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens aufzuklären, soweit dies für die Verteilung von Schadensersatz- und Zweckstörungsrisiken erfor-

derlich ist. Aus dieser *beschränkten*³⁶ Perspektive heraus ist vor allem die Frage von Bedeutung, ob man das Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis anzusehen hat. Je mehr man nämlich den Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses betont, desto stärker treten die Zurechnungselemente „Veranlassung“, „Beherrschbarkeit“, „Absorption“ in den Hintergrund, die an einem Austauschmodell orientiert sind, in dem sich die Vertragspartner isoliert gegenüberstehen und nicht in einem Gemeinschaftsverhältnis verklammert sind. Die Alternative zum Gemeinschaftsverhältnis lautet, daß der Arbeitsvertrag in Hinblick auf die wirtschaftlich relevanten Faktoren einen normalen Austauschvertrag darstellt, der Modifikationen zum Schutz des sozial schwächeren Arbeitnehmers aufweist, die seine persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit mildern sollen.

1. Die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers

Der Arbeitsvertrag ist eine Unterart des Dienstvertrages, der sich durch das Merkmal persönlicher Abhängigkeit des zu Dienstleistungen verpflichteten Arbeitnehmers auszeichnet.³⁷ In der Regel werden die Arbeitnehmer vom Arbeitgeber außerdem mehr oder minder stark wirtschaftlich abhängig³⁸ sein.³⁹ Diese zweite Form der Abhängigkeit ist für die hier zu lösenden Fragen von zentraler Bedeutung.

Der Arbeitnehmer, der ein Arbeitsverhältnis eingeht, ist also üblicherweise in zweifacher Hinsicht in der Position des Schwächeren. Er gerät durch den Arbeitsvertrag in eine institutionelle Abhängigkeit,⁴⁰ da er sich, gleichgültig, welche Marktposition er besitzt, in eine arbeitsteilige Betriebsorganisation eingliedern lassen muß, die ihm keinen Spielraum mehr beläßt, wann, wo und unter welchen Bedingungen er die versprochene Arbeitsleistung erbringen will.

³⁶ Ausgeklammert bleibt die personale Komponente des Arbeitsverhältnisses. Das gilt vor allem für Fragen, die aus der Eingliederung in einen Betrieb und der daraus entstehenden institutionellen Abhängigkeit resultieren.

³⁷ Vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 41 f; G. Hueck, RdA 69, 216 ff mit weit. Nachw.

³⁸ BAG, AP Nr. 156 zu § 242 BGB „Ruhegehalt“; Hueck-Nipperdey, ArbR, I, S. 26; Reuter, ZfA 75, 86; Zeuner, RdA 75, 84; Mayer-Maly, Festschrift Märkl, S. 250; Gamillscheg, AcP 176 (1976), 205 f; Richardi, ZfA 1974, 16; Zöllner, Festschrift Fechner, S. 161 f; Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, S. 92 ff.

³⁹ Die wirtschaftliche Abhängigkeit ist allerdings kein das Arbeitsverhältnis konstituierendes Kriterium. Vgl. G. Hueck, RdA 69, 216; Tomandl, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, S. 66; Kreutz, ZfA 73, 339 f mit weit. Nachw.. Daraus folgt aber nicht, daß die wirtschaftliche Abhängigkeit der Arbeitnehmer für die Interpretation des spezifisch arbeitsrechtlichen Schutzzweckes irrelevant wäre. Das Arbeitsrecht geht in Hinblick auf die wirtschaftliche Abhängigkeit von einer bewußten Typisierung aus und nimmt in Kauf, daß sein Schutz unter Umständen weiter reicht, als dies zur Gewährleistung eines angemessenen Interessenausgleichs unbedingt erforderlich wäre (zutr. Zöllner, RdA 75, 85, 88; zweifelnd aber AcP 176, 229 ff; ähnlich Tomandl, Wesensmerkmale aaO, S. 66; G. Schnorr, Anm. zu BAG, AP Nr. 6 zu § 611 BGB „Abhängigkeit“).

⁴⁰ So die treffende Begriffsbildung von Reuter, ZfA 1975, 86.

Er befindet sich aber typischerweise⁴¹ auch in einer Marktposition, die keine Gewähr dafür bietet, daß er beim Vertragsabschluß seine Interessen angemessen wahren kann. Auf dem Arbeitsmarkt sieht sich der Arbeitnehmer vielfach als polypolistischer Anbieter von Arbeitsleistungen, der keinen oder nur einen geringen Einfluß auf die Preisbildung besitzt, mit einem oligopolistischen⁴² oder gar monopolistischen Nachfrager von Arbeitskraft konfrontiert. Dieses Machtgefälle⁴³ würde es ohne zwingende Schutznormen und Gegenmachtbildung dem Arbeitgeber selbst bei Vollbeschäftigung erlauben, die Arbeitskonditionen in weitem Umfang zu diktieren. Das aus der Marktstruktur⁴⁴ resultierende Machtgefälle wird durch weitere Faktoren verstärkt. Der Arbeitnehmer besitzt nämlich vielfach keine Möglichkeit, unzureichenden Angeboten dadurch auszuweichen, daß er seine Arbeitskraft überhaupt nicht verwertet. Mangels ausreichender finanzieller Reserven⁴⁵ muß er üblicherweise schnell einen Arbeitsvertrag eingehen, um seinen Lebensunterhalt zu decken.⁴⁶ Sinkende Löhne, die sein Versorgungsniveau bedrohen, werden ihn deshalb

⁴¹ „Typischerweise“ heißt auch „in langfristiger Betrachtungsweise“.

⁴² Auch Oligopolisten können unangemessene Marktmacht ausüben. Davon geht auch § 22 GWB aus.

⁴³ Machtgefälle bedeutet nicht, daß der Arbeitnehmer keine Macht besitzt. Auf Wettbewerbsmärkten hat üblicherweise jeder Marktteilnehmer mehr oder minder Macht. (*Hopmann*, in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 91). Das Problem des Schutzes des Schwächeren entsteht erst dort, wo „undue market power“ existiert, die – wie auch § 22 GWB zeigt – ihrerseits in wertender Abwägung zu bestimmen ist.

⁴⁴ Die Marktstruktur ist nicht das allein maßgebliche Indiz für „undue market power“. Ein brauchbares Meßsystem für übermäßige Marktmacht kann nur eine Kombination mit Marktergebnis- und Marktverhaltens-Tests bringen (vgl. *Massel*, Competition and Monopoly, S. 197ff; *Hopmann* in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik S. 43ff; *Schmidt*, Wettbewerbspolitik aaO, S. 61ff, mit weit. Nachw.). Dann kommen auch Kriterien ins Blickfeld, die aus dem Bereich der von der Rechtsgemeinschaft gewünschten Marktergebnisse stammen. Die Machtdefinition nimmt also Elemente der Distributionspolitik in sich auf. Die These *Zöllners* (AcP 176, 236ff), man müsse entweder das Ungleichgewicht isoliert messen und dürfe daraus die Gefährdung der Richtigkeitsgewähr folgern, oder man müsse von der Unrichtigkeit der vereinbarten Verträge auf die sie auslösende Vermachtung schließen, widerspricht den Erfahrungen, die bei der Bewältigung des Problems der Marktvermachtung im Wirtschaftsrecht gemacht wurden.

⁴⁵ Vgl. BGHZ 34, 282, der das fehlende Schutzbedürfnis beim Vertragshändler mit dessen Kapitalkraft begründet.

⁴⁶ Vgl. *Preiser*, Bildung und Verteilung des Volkseinkommens, S. 232ff; *Krelle*, in: HdSW Bd. VII, S. 10 „Lohn I“; *Kaufmann*, Arbeitsmarkt und Wettbewerbspolitik, S. 23f; *Schlüter*, in: Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, S. 145. *Zöllner* (AcP 176, [1976], 233, 237) wendet dagegen ein, die Praxis zeige keineswegs, daß die Ergebnisse, die in den Vertragsverhandlungen erzielt werden, unterschiedlich ausfallen, je nachdem, wie dringend der Arbeitnehmer nach seinen persönlichen Verhältnissen den Arbeitsplatz benötige. Im übrigen könne auch der schwerreiche Mann, der sich als Arbeitnehmer verdingen wolle und an einen armen Fabrikanten gerate, keine besseren Bedingungen als der normale Arbeitnehmer herausholen. Diese Einwendungen verkennen die Preisbildungsgesetze auf Märkten, die auch für Monopolisten gelten. Zum einen sieht sich der „schwerreiche Mann“ als Anbieter von Arbeitskraft einer Vielzahl Konkurrenten gegenüber, die zu den normalen Vertragsbedingungen zu kontrahieren bereit sind. Finanzkraft allein verleiht keine unangemessene Macht. § 22 I

auch nicht veranlassen, sein Angebot einzuschränken, sondern es im Gegenteil auszuweiten.⁴⁷

Die durch Kapitalmangel und eine polypolistische Stellung im Arbeitsmarkt verursachte wirtschaftliche Abhängigkeit wird verschärft durch eine unzureichende Mobilität der Arbeitnehmer, die sie daran hindert, die vollen Marktchancen wahrzunehmen.⁴⁸ Trotz einer offensichtlichen Steigerung der Beweglichkeit des Angebots werden sich Arbeitnehmer nur zu häufig darauf beschränken, ihre Arbeitsleistung an dem Ort zu offerieren, an dem sie ansässig sind und ihre sozialen Bindungen besitzen. Örtlich begrenzte Nachfrageschwankungen werden sie daher härter treffen als die Anbieter von Sachleistungen, die einen größeren Markt zu beliefern imstande sind. Die Immobilität wird regelmäßig durch die Eingliederung in eine Arbeitsorganisation verstärkt. Sie läßt nicht nur eine Gewöhnung an eine bestimmte Arbeitswelt, sondern auch vielfältige persönliche Beziehungen entstehen,⁴⁹ die für den einzelnen Arbeitnehmer eine wesentliche Präferenz darstellen und ihn daran hindern, seine bescheidene Marktmacht voll zur Durchsetzung besserer Arbeitsbedingungen einzusetzen.

Aus dieser Marktkonstellation resultiert die typische wirtschaftliche Gefährdung⁵⁰ des Arbeitnehmers. Auf einem von Schutzgesetzen und Gegenmacht unkon-

Nr. 2 GWB zählt denn auch als Indizien für eine überragende Marktmacht, die das Tor zur Mißbrauchkontrolle öffnen, neben der Finanzmacht den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen, rechtliche und tatsächliche Schranken für den Marktzutritt anderer Unternehmen auf. Umgekehrt braucht trotz Machtungleichgewicht der besonders finanzschwache Arbeitnehmer nicht ohne weiteres zu befürchten, daß ihm schlechtere Arbeitsbedingungen als der Masse vergleichbarer Arbeitnehmer geboten werden. Der Arbeitgeber, der kein Monopolist ist, wird angesichts der Markttransparenz nicht ohne weiteres diskriminierende Arbeitsbedingungen durchsetzen können, solange der Arbeitnehmer auf andere Arbeitgeber ausweichen kann. Die – beschränkten – Ausweichmöglichkeiten ändern jedoch nichts an der Tatsache, daß die Angebotselastizität der Arbeitnehmer als Anbieter von Arbeitskraft äußerst gering ist, da ihre finanziellen Reserven klein sind. Man braucht in diesem Zusammenhang nur auf die Diskussion um die Vermögensverteilung hinzuweisen (*Jaeggi*, Kapital und Arbeit in der Bundesrepublik, S. 65 ff). Ohne sich allzu sehr in den Bereich der Spekulation zu begeben, kann man wohl auch davon ausgehen, daß ein Arbeitnehmer, der unmittelbar auf Arbeitseinkommen angewiesen ist, eher einen Lohn auf der Basis des Existenzminimums akzeptieren wird, als der Arbeitgeber ohne entsprechenden sozialen oder rechtlichen Druck bereit sein wird, einen weit darüber liegenden Lohn zu bezahlen. *Zöllner* ist freilich zuzugeben, daß mit der Messung des Machtgefälles anhand des Kriteriums des „Existenzminimums“ auch distributionspolitische Vorstellungen ins Spiel gebracht werden. Dies ist im Rahmen der Messung von Marktmacht nicht völlig systemfremd, da der Begriff der Marktmacht wertend zu verstehen ist. Siehe oben Fn. 44.

⁴⁷ Vgl. *Krelle*, HdSW, Bd. VII, S. 10 „Lohn I“; *Schoeppner*, Grenzen der Lohnpolitik, S. 16; *Willgerodt*, in: Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung, S. 703.

⁴⁸ Vgl. *Kaufmann*, Arbeitsmarkt und Wettbewerbspolitik, S. 22f; *Reuter*, ZfA 75, 86.

⁴⁹ *Harloff*, Der Einfluß psychischer Faktoren auf die Mobilität der Arbeit, S. 117 ff; *Dall'Asta*, Theorie der Lohnpolitik, S. 55.

⁵⁰ Die These von der „Gefährdung“ wird weder durch einen Hinweis auf die über den Tarifbedingungen liegenden Effektivlöhne und Arbeitsbedingungen, die gerade von Großunternehmen vereinbart werden, noch durch das Argument entkräftet, nur ein Drittel der Arbeitsver-

trollierten Arbeitsmarkt würde sich der Arbeitnehmer, zumal bei einer verbreiteten Arbeitslosigkeit, nur zu oft bereitfinden,⁵¹ zu einem Lohn zu arbeiten, der die wesentlichen Arbeits- und Lebensrisiken nicht deckt. Insoweit ist Zöllner⁵² voll zuzustimmen, wenn er das Arbeitsrecht als Mittel der sozialen Sicherung deklariert. Man könnte es auch als Instrument der Distributionspolitik bezeichnen, das dem Arbeitnehmer dort ein sozial angemessenes Einkommen im weiteren Sinne verschafft, wo die Gefahr besteht, daß er es aus eigener Kraft auf dem Markt nicht durchzusetzen in der Lage ist.

II. Die Remedien

An diesem Punkt setzen die wirtschafts- und sozialpolitischen Regelungen des Arbeitsrechts an, die für die Frage der Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis bedeutsam sind. Sie sind mehrgleisig angelegt. Die arbeitsrechtliche Schutzgesetzgebung steht neben der Befugnis, kollektive Gegenmacht zu bilden. Für die Frage der Risikoverteilung sind insbesondere die Normen von Interesse, die den Arbeitgeber unmittelbar verpflichten, die Interessen der Arbeitnehmer zu wahren.

So sorgen unmittelbare und mittelbare Beschäftigungsverbote aufgrund der AZO sowie des MuSchG, JArbSchG, UrlG, LadenschlG dafür, daß der Arbeitnehmer seine Kräfte nicht vorzeitig verschleißt.⁵³ Ihm wird auf diese Weise ein Freiraum geschaffen, der für die Befriedigung sozialer und anderer über die bloße Existenz-

träge falle in den Bereich der Tarifbindung, ohne daß es zur Ausbeutung komme. (So aber Zöllner, AcP 176 (1976), 229 ff.) Es ist nämlich zum einen zu bedenken, daß Tarifverträge, die für eine Vielzahl von Unternehmen und Arbeitnehmern identisch sind, sich an den Marginalbetrieben orientieren, die in der Regel mit den Kleinbetrieben identisch sind. Auf dieser Basis entfaltet sich dann der Wettbewerb um die besser qualifizierten Arbeitnehmer, der sich in erhöhten Effektivlöhnen, die sich nur größere Unternehmen leisten können, niederschlägt. Ferner werden in Zeiten der Hochkonjunktur die Tarifverträge hinter der aktuellen Marktlage zurückbleiben. Der Schutz des Arbeitnehmers durch das Arbeitsrecht ist aber gerade auch in Hinblick auf mögliche Konjunkturschwankungen erforderlich. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß es für den Arbeitgeber nicht sinnvoll ist, dem Arbeitnehmer weniger als den Tariflohn zu bieten, wenn dieser die Tarifbindung durch Beitritt zur Gewerkschaft herbeiführen kann. Im übrigen sieht sich der Arbeitgeber immer dem Druck einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung ausgesetzt. Es muß also keineswegs rechtlicher Zwang eingesetzt werden, um die Arbeitgeber zur Zahlung von Tariflöhnen anzuhalten. Aus der gegenwärtigen Praxis der Entlohnung kann mithin kein Argument hergeleitet werden, daß die Marktmacht der Arbeitgeber die wirtschaftliche Position der Arbeitnehmer auch dann nicht gefährden würde, wenn das Angebot an Arbeitskraft dem Angebot von Waren gleichgestellt werden würde.

⁵¹ Skeptisch gegenüber der verteilungspolitischen Effizienz von Tarifverträgen, Samuelson, Volkswirtschaftslehre, Bd. II, S. 259 ff. Zur Komplexität dieser Frage vgl. Krelle, HdSW, Bd. VII, S. 10 ff., „Lohn I“; Arndt, HdSW, Bd. VII, S. 21 f., „Lohn II“.

⁵² Zöllner, AcP 176 (1976), S. 241.

⁵³ Die These *Schwerdtners* (Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, S. 152), der Arbeitgeber gewähre den Urlaub im ureigensten Interesse, steht wohl nicht immer mit der Realität im Einklang. Er erkennt auch (aaO, S. 159 f), daß der Urlaubsanspruch mit einem Beschäftigungsverbot einhergeht.

haltung hinausgehender Bedürfnisse nötig ist.⁵⁴ Zugleich haben diese Normen aber auch die Funktion, die Knappheit an Arbeitskraft auf dem Markt zu erhöhen sowie „anormalen Marktreaktionen“ der Arbeitnehmer einen Riegel vorzuschieben, die die Chancen auf angemessene Bezahlung verschlechtern.

Verlängerte Kündigungsfristen für ältere Arbeitnehmer, Kündigungsschutz und die Vorschriften über die Lohnfortzahlung bei Krankheit, anderen Unglücksfällen sowie vor und nach der Entbindung sichern den Arbeitnehmer^{54a} zumindest für einen gewissen Zeitraum gegen allzu große Einbrüche in seinen Lebensstandard aufgrund von Nachfrageschwankungen oder Arbeitsunfähigkeit. Dem Arbeitgeber fällt mithin die Aufgabe zu, den Arbeitnehmer in angemessenem Umfang gegen allgemeine Lebensrisiken wie Krankheit oder die Gefahr von Arbeitslosigkeit abzusichern.

III. Die ratio der arbeitsrechtlichen Schutzgesetzgebung auf wirtschaftlichem Gebiet

Man kann diese und andere Vorschriften der arbeitsrechtlichen Schutzgesetzgebung als Ausfluß des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses bezeichnen, das den Arbeitgeber zu Fürsorge und den Arbeitnehmer zur Treue verpflichtet.⁵⁵ Zwingend ist das nicht. Vielmehr spricht vieles dafür, daß der aus dem deutschrechtlichen Treuedienstverhältnis⁵⁶ entspringende Gedanke vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis trotz seiner historischen Verdienste⁵⁷ um eine Verbesserung der sozialen Stellung der Arbeitnehmer *im Bereich der wirtschaftlichen Konditionen* in die Irre führt.⁵⁸ Er ist in neuerer Zeit zu Recht in Mißkredit geraten. Nur zu leicht kann er nämlich als Einbruchsstelle für ein Sozialideal benutzt werden, demzufolge die Arbeit nicht um des Lohnes willen, sondern um der Versorgung willen geleistet wird.⁵⁹ Der Arbeitnehmer soll dem Arbeitgeber in Treue dienen, während ihm der Arbeitgeber dafür Fürsorge in allen Lebenslagen zu gewähren hat. Dieses Gemeinschaftsideal verschleiert nicht nur den zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern als Anbietern und Nachfragern auf dem Arbeitsmarkt angelegten Interessenkonflikt, sondern verleitet auch zu einer Bevormundung des Arbeitneh-

⁵⁴ Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 803; Söllner, ArbR, S. 177f, 186, 192f, 226.

^{54a} Daß hier primär Vermögensinteressen auf dem Spiele stehen, betont zutreffend Otto, Personale Freiheit und soziale Bindung, S. 131f.

⁵⁵ Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 128ff; Nikisch, ArbR I, S. 162; weitere Nachw. bei Schwerdtner, Fürsorgetheorie aaO, S. 16 Fn. 17.

⁵⁶ Vgl. v. Gierke, Festschrift H. Brunner, S. 37ff; dazu Jobs, ZfA 1972, 314ff.

⁵⁷ Zutreffend Reuter, RdA 73, 346f; Richardi, in: Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, S. 56; Hanau-Adomeit, ArbR, S. 131.

⁵⁸ Schwerdtner, Fürsorgetheorie aaO, S. 66f; Reuter, RdA 73, 347; Söllner, ArbR, S. 209; Hanau/Adomeit, ArbR, S. 132; Richardi, in: Treue- und Fürsorgepflicht aaO, S. 50f, 56ff; Kritisch auch Ramm, JZ 68, 479f; Isele, Juristen-Jahrbuch 8 (1967/68), 74f; Otto, Personale Freiheit aaO, S. 131ff; Fahrman, JuS 64, 143 jeweils mit weit. Nachw.

⁵⁹ Vgl. dazu Richardi, in: Treue- und Fürsorgepflicht aaO, S. 50f.

mers, zu einem Verlust an Mobilität⁶⁰ und zu einer Relativierung seiner Rechte durch eine Abhängigkeit vom uneingeschränkten Wohlverhalten gegenüber dem Arbeitgeber⁶¹ und dem Wohlergehen des Betriebes.⁶² Orientiert man sich aber nicht am Vorbild einer Betriebsgemeinschaft, in der der übermächtige Arbeitgeber in seinen Arbeitnehmern statt sozialer Gegenspieler, die im Prozeß der Arbeitsteilung ihre Arbeitskraft zeitweise zur Verfügung stellen, Schutzbefohlene zu sehen hat, so verliert der Gemeinschaftsgedanke nahezu jegliche Kontur. Das erhellt deutlich die verbreitete Argumentation mit dem Treue- und Fürsorgegedanken, die ihn zur Begründungsschablone für beliebige Lösungen hat werden lassen.⁶³

Eine der Idee der Marktwirtschaft verpflichtete Einordnung des Arbeitsverhältnisses hat vielmehr an dessen Austauschcharakter anzuknüpfen. Dieser Ansatzpunkt wird nicht dadurch in Frage gestellt, daß im Arbeitsrecht die Privatautonomie in weiten Bereichen eingeschränkt und der Vertragsinhalt am Gedanken sozialer Gerechtigkeit,⁶⁴ an dem Bild einer humanen Arbeitswelt gemessen wird; denn diese Einschränkungen gelten nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als es heißt, organisatorische und wirtschaftliche Macht zu bändigen und dem persönlich abhängigen und typischerweise marktschwächeren Arbeitnehmer eine angemessene Realisierung seiner Interessen zu garantieren.

So sichern die Kündigungsschutznormen im weitesten Sinne, die Vorschriften über die Lohnfortzahlung bei Krankheit sowie vor und nach der Entbindung den Lebensstandard des Arbeitnehmers gegen allgemeine Lebensrisiken und Nachfrageschwankungen. Der Gesetzgeber konnte davon ausgehen, daß das Entgelt, das der üblicherweise wirtschaftlich abhängige Arbeitnehmer auszuhandeln vermag, häufig zu gering ist, um daraus ausreichende Rücklagen für den Fall der Krankheit oder vorübergehender Arbeitslosigkeit zu bilden. Selbst dort, wo an sich das Entgelt für ein angemessenes Risikopolster ausreichen würde, besteht gerade bei niedrigem Einkommen die Gefahr, daß der Lohn voll zur Befriedigung unmittelbar drängender Bedürfnisse eingesetzt und die entfernteren Risiken der Arbeitsunfähigkeit bzw. eines Verlustes des Arbeitsplatzes unterschätzt werden.⁶⁵ Dieser Gesichtspunkt

⁶⁰ Kritisch *Reuter*, RdA 73, 347.

⁶¹ Kritisch *Richardi*, in: Treue- und Fürsorgepflicht aaO, S. 66 f.

⁶² Zutreffend *Gamillscheg*, Festschrift Fechner, S. 138 ff.

⁶³ Vgl. *Richardi*, ZfA 74, 21; zur Fragwürdigkeit einer Lösung der Probleme der gefahrengeheigten Arbeit mit Hilfe des Begriffes der Fürsorgepflicht *Canaris*, RdA 66, 45. Das heißt nicht, daß auf eine arbeitsrechtliche Generalklausel verzichtet werden könnte (zutr. *Zöllner*, Arbeitsrecht, S. 129).

⁶⁴ *Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre aaO, S. 16; *Steindorff*, Festschrift Raiser, S. 626.

⁶⁵ Bezeichnend ist die Erscheinung der Zwangsversicherung. Vgl. auch *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 14 f, der m. E. aber zu Unrecht die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zum wesentlichen Teil aus „dem Verlust freier wirtschaftlicher Dispositionsmöglichkeit“ herleitet. (Ebenso *Esser-Schmidt*, SchR I 1, S. 261). Dem Arbeitnehmer sei es während der Dauer seiner Beschäftigung unmöglich, am Marktgeschehen teilzunehmen; die Bedingungen seiner Existenz setzten sich nicht aus einer Vielzahl eigener Entscheidungen zusammen wie bei der selbständigen Tätigkeit, sondern würden uno actu von der Gesamtheit der Arbeitsumstände abhängen. Auf

dürfte auch bei der Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen (§ 1 FeiertagsG) eine Rolle gespielt haben; denn der Erlaß dieses Gesetzes war gerade bei den Empfängern von Stundenlohn erforderlich, die üblicherweise zu den Arbeitnehmern der unteren Gehaltsklassen gehörten und überdies nach Tagen oder Wochen bezahlt wurden. Bei diesem Empfängerkreis war zu besorgen, daß er aus dem Gehalt für die an Werktagen tatsächlich geleistete Arbeit keine Rücklagen für die Feiertage machen würde und sein Lebensstandard daher erheblichen Schwankungen ausgesetzt sein würde, wenn der Wochenlohn infolge eines Feiertages bedeutend niedriger ausfällt. Der Arbeitgeber wurde daher gesetzlich verpflichtet, durch eine Bezahlung der Feiertage ein gleichmäßiges Einkommen zu gewährleisten. Das langfristige Einkommen wurde durch diese Maßnahme nicht erhöht, da der Feiertagslohn natürlich bei der Bemessung des Stundenlohnes einkalkuliert wird, der deshalb entsprechend niedriger ausfällt. Ziel des Gesetzes ist demnach ausschließlich der Ausgleich einer typischen Schwäche des Arbeitnehmers bei der Rücklagenbildung.

Anstatt den Arbeitgeber anzuhalten, ein für die Deckung des Risikos der Arbeitsunfähigkeit und Arbeitslosigkeit sowie der vorhersehbaren Arbeitsunterbrechungen ausreichendes Entgelt zu zahlen, legte somit das Gesetz dem Arbeitgeber die Verpflichtung auf, diese Risiken unmittelbar auf sich zu nehmen. Damit wird – wenigstens für einen gewissen Zeitraum – die Basis für einen von allgemeinen Lebens- und Wirtschaftsrisiken weitgehend unabhängigen Lebensstandard geschaffen. Die konkrete Höhe dieses Lebensstandards bleibt der freien Vereinbarung der Vertragspartner bzw. in der Form von Mindestentgelten der Regelungsbefugnis der – idealtypisch machtgleichen – Tarifvertragsparteien überlassen und wird erst in letzter Instanz durch staatliche Mindestarbeitsbedingungen festgelegt. Mit anderen Worten: der Arbeitgeber hat *ein Teil des Entgelts*⁶⁶ *nicht in Geld, sondern in der Befreiung*

diese Weise suggeriert *Wiedemann*, die Arbeitnehmer seien typischerweise intellektuell unfähig, die ihnen gebotenen Marktchancen wahrzunehmen, die an sich eine Schutzbedürftigkeit gar nicht entstehen lassen. Damit werden die Auswirkungen und Bedingungen abhängiger Arbeit überzeichnet und zu stark generalisiert. Die Fragwürdigkeit dieser Deduktion zeigt sich schon, wenn man daran denkt, daß eine Vielzahl von Arbeitnehmern die dem Arbeitgeber zugerechneten wirtschaftlichen Dispositionen ausüben. Im übrigen nimmt auch der Arbeitnehmer ständig in vielfältigster Form, etwa als Käufer, am Marktgeschehen teil, ohne daß er allein wegen seiner Arbeitnehmereigenschaft geschützt wird. Entscheidend für die Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers sind vielmehr seine durch die realen Machtverhältnisse geprägten Marktchancen, die sich vor allem in der Höhe der Vergütung widerspiegeln. – Nicht zuzustimmen ist auch der Ansicht *Liebs*, RdA 74, 259f, daß dem Arbeitnehmer unternehmerisches Handeln in Hinblick auf seine Arbeitskraft nicht möglich sei, weil sie umfassend und auf Dauer gebunden sei. Wenn *Lieb* dies auf die Kündigungsfristen, also auf die rechtliche Bindung bezieht, so kann ihm nicht zugestimmt werden. Die relativ kurzen Kündigungsfristen lassen an sich hinreichend Raum für unternehmerische Dispositionen. Zulieferunternehmen, Vertragshändler sind häufig viel stärker an ihren Vertragspartner rechtlich gebunden, ohne daß deshalb ihre Eigenschaft als Unternehmer bezweifelt werden würde.

⁶⁶ Vgl. *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie aaO, S. 159f, 162ff für den Urlaub; ähnlich *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 16f; *Lieb*, RdA 74, 264; der Ansicht *Zöllners*, Arbeitsrecht, S. 96 zufolge werden diese Pflichten von der Rücksichtnahme auf die Persönlichkeit des Arbeitnehmers getragen.

von Risiken zu entrichten,⁶⁷ die den Lebensstandard des Arbeitnehmers bedrohen.⁶⁸ Ihm werden dadurch keine unzumutbaren Lasten aufgebürdet, da normalerweise die ihm auferlegten Risiken gut kalkulierbar sind. Das gilt sowohl für das Risiko einer nutzlosen Bindung von Arbeitskraft infolge verlängerter Kündigungsfristen, dessen Wahrscheinlichkeit wesentlich von der Geschäftspolitik des Unternehmers abhängt, als auch für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, für die ausreichendes statistisches Material verfügbar ist.

Vom Arbeitgeber kann auch erwartet werden, daß er, der in der Regel eine Vielzahl von Risiken zusammenfassen kann, im Unterschied zum einzelnen Arbeitnehmer über ausreichenden finanziellen Rückhalt verfügt, um diese Risiken aufzufangen. Die Bedeutung dieses Zurechnungskriteriums spiegelt sich beispielsweise in § 10 LFZG wider, der kleineren Arbeitgebern, die nicht mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen, eine Rückversicherungsmöglichkeit durch öffentliche Anstalten eröffnet.

Die Erkenntnis, daß der Arbeitgeber – bildlich gesprochen – einen Teil des Entgelts in Form der Befreiung von Risiken zu erbringen hat, ist durchaus von praktischer Bedeutung. Aus ihr folgt nämlich, daß dem Arbeitgeber beispielsweise Kündigungsschutz und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall *nicht* in seiner Rolle als *Nachfrager* von Arbeitsleistung, *sondern als Schuldner* der Gegenleistung obliegen. Das Risiko etwaiger gefahrerhöhender Umstände kann ihm deshalb nicht nach dem Veranlassungsprinzip schlechthin zugerechnet werden. Vielmehr ist zu prüfen, inwieweit sich bei dieser Form der Gegenleistung aus dem Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip heraus Grenzen für die Zurechnung von Leistungerschwerungsrisiken ergeben.

Zusammenfassend kann mithin festgehalten werden, daß im Unterschied zu normalen Austauschverträgen bei Arbeitsverhältnissen die typische Gefahr Beachtung findet, daß der Arbeitnehmer auf dem Markt nicht das Entgelt durchzusetzen vermag, das ihm die Deckung von Risiken erlaubt, die seine soziale Existenzgrundlage in Frage stellen. Die gesetzgeberische Antwort auf die typische Marktschwäche der Arbeitnehmer ist eine partielle Verlagerung dieser Risiken auf den Arbeitgeber, die eine Kontrolle des Lohnes auf die Angemessenheit der in ihr enthaltenen Risikoprämien erübrigt. Von dieser Basis aus ist nun das Zusammenspiel des Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips mit den spezifischen arbeitsrechtlichen Wertungen zu untersuchen. Das soll zunächst für das Risiko planungswidrigen Aufwandes erfolgen, dem der Arbeitnehmer bei gefahrgeneigter Arbeit und durch die Gefährdung der von ihm eingebrachten Güter ausgesetzt ist. Ferner soll die Auswirkung des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens am Beispiel der Verteilung des „Betriebs- und Wirtschaftsrisikos“ dargestellt werden.

⁶⁷ Daß es sich jedenfalls in betriebswirtschaftlicher Sicht um einen Teil des Entgelts handelt, ist nicht zu bezweifeln. Man spricht daher auch von lohnwirksamen sozialen Verbesserungen. Vgl. Zöllner, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, S. 49.

⁶⁸ Auf diese Weise bedarf es auch keiner individuellen, jeden Einzelfall erfassenden rechtlichen Kontrolle des reinen „Geldfaktors“ des Lohnes.

§ 3 Das Zusammenspiel von Veranlassungs-, Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip mit dem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken bei der Zuordnung von Schadensersatz- und Zweckstörungsrisiken

I. Die Risikoverteilung bei gefahrengeneigter Tätigkeit

1. Die gefahrengeneigte Tätigkeit im Rahmen von Arbeitsverhältnissen

a) Materielle Äquivalenz und Risikozurechnung

Berücksichtigt man das aus der typischen wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers entspringende Ungleichgewicht von Entgelt und Risiko bei der Verteilung der aus der Schadensgeneigtheit der Tätigkeit resultierenden Gefahr, so verändern Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip ihren Inhalt und ihr Gewicht. Unberührt bleibt nur die Stellung des Veranlassungsprinzips, demzufolge das Risiko schädigender Akte des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zuzurechnen ist, der den Arbeitnehmer in den arbeitsteiligen Prozeß eingeschaltet und ihn den mit der Arbeitsleistung verbundenen, spezifischen Risiken ausgesetzt hat.⁶⁹

Am klarsten tritt diese Veränderung bei der Frage der *Absorption* von Risiken in Erscheinung.

Geht man davon aus, daß es Sache der Parteien ist, die den voraussehbaren Risiken ihrer Tätigkeit angemessenen Risikoprämien auszuhandeln und die entsprechenden Rücklagen zu machen, so liegt der Absorptionsvorsprung grundsätzlich bei demjenigen der Vertragspartner, der in der Regel⁷⁰ die dem Austauschprozeß immanenten Risiken exakter zu prognostizieren vermag. Das ist im Rahmen von Arbeitsverhältnissen – wie oben dargelegt wurde⁷¹ – in der wohl überwiegenden Zahl der Fälle der Arbeitnehmer, der seine persönlichen Fähigkeiten und Schwächen am besten kennt. Der Arbeitnehmer ist aber normalerweise nicht imstande, seinen Vorsprung bei der Kalkulation von Risiken zu nutzen und ihn – wie in der Literatur⁷² und in Ansätzen in der Rechtsprechung⁷³ immer mehr anerkannt wird – in ausreichende⁷⁴ Rücklagen umzusetzen. Evident ist das dort, wo die Arbeitnehmer nach

⁶⁹ Vgl. 5. Kap. Fn. 1.

⁷⁰ Zur Funktion der Generalisierung und Typisierung siehe oben S. 86 f.

⁷¹ Siehe oben S. 386 f.

⁷² Zeuner, RdA 75, 87; Wiedemann, Arbeitsverhältnis aaO, S. 19; Buchner, RdA 72, 157; Gaul, AuR 1965, 229; Boergen, MDR 71, 180; Hoyer, Der Synallagmagedanke im Arbeitsverhältnis, S. 55; Hanau, Anmerkung zu AP Nr. 56 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; Gamillscheg/Hanau, Haftung aaO, S. 59 ff; E. v. Hippel, NJW 69, 302; vgl. auch Steindorff, AuR 66, 68; Rother, Haftungsbeschränkung aaO, S. 271.

⁷³ Allerdings nur im Zusammenhang mit der Bemessung der Rechtsfolgen, BAG, AP Nr. 8, 56, 59 zu § 611 BGB, „Haftung des Arbeitnehmers“. Weitergehend, freilich bezogen auf den – hier unpassenden – Begriff des Mitverschuldens, BAG, AP Nr. 53 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

⁷⁴ „Ausreichend“ heißt primär volle Kostendeckung. Sie ist auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb bei allen Anbietern gewährleistet, wenn die Nachfrage entsprechend groß

Verbandstarif bezahlt werden, obgleich sie in den einzelnen Betrieben höchst unterschiedlichen Gefahren exponiert sind.

Aber auch in den Fällen, in denen der Entlohnung ein Firmentarif zugrunde liegt, wird man kaum jemals sagen können, daß die tariflichen Normen der mehr oder minder großen Wahrscheinlichkeit eines individuellen Risikos hinreichend Rechnung tragen; denn mag sich manchmal auch die generelle Gefährlichkeit einer Tätigkeit in den Tarifgruppen widerspiegeln, so ist doch das Ausmaß der potentiellen Schäden, die individuelle Fähigkeit des Arbeitnehmers, trotz Monotonie der Arbeit und Hetze Sorgfaltsverstöße zu vermeiden, häufig so unterschiedlich, daß sich diese Faktoren in den Tarifverträgen nicht ausreichend niederschlagen können.⁷⁵ Beahlt der Arbeitgeber ein übertarifliches Entgelt, so ist es zwar theoretisch möglich, die individuelle Risikolage zu berücksichtigen. In der Praxis werden aber auch dann nur selten die Voraussetzungen für eine reibungslose Absorption vorliegen. Der Arbeitnehmer müßte nämlich in solchen Fällen, sofern ihm keine Versicherung offensteht,⁷⁶ relativ hohe Risikoprämien fordern, da er auf sich – im Unterschied zum Arbeitgeber – nur eine verhältnismäßig kleine Zahl von Risiken vereinigt. Er kann sich daher auch kaum darauf verlassen, daß sich bei ihm das Risiko eines Sorgfaltsverstößes nur mit der um den Faktor seiner individuellen Fähigkeiten korrigierten, statistischen Häufigkeit und in durchschnittlicher Höhe realisiert. Um also mittelfristig alle Risiken eines Fehlgriffes durch Rücklagen abzudecken, müßte er Risikoprämien fordern, die überproportional sind, damit er möglichst schnell ein ausreichendes finanzielles Risikopolster bilden kann.⁷⁷ Derartige Prämien⁷⁸ wird er indessen als schwächerer Vertragspartner kaum jemals aushandeln können.

Hinzu kommt ein Weiteres. Von einem selbständigen Unternehmer darf bei normalen Austauschverträgen erwartet werden, daß er sich in Fällen, in denen ihm die Möglichkeit fehlt, Risiken breit zu streuen, um den Abschluß einer Versicherung kümmert oder aber die Risiken auf den Risikoveranlasser abwälzt. Beides kann dem

ist. Anbieter, die langfristig besonders wenig Sorgfaltsverstöße begehen, werden dann eine entsprechend hohe Differentialrente ziehen. Die Kostendeckung kann freilich fehlen, wenn sich die Nachfrage verringert. Dann werden (aus dem Wettbewerb) am ehesten diejenigen Anbieter ausscheiden, die die verhältnismäßig größten Kosten haben, also beispielsweise mit einer relativ großen Fehlerquote rechnen müssen. Da man sich bei Arbeitsverhältnissen nicht auf eine angemessene, nur vom Wettbewerb gesteuerte Preisbildung verlassen kann, ist hier *normativ* vom Gedanken der *vollen* Kostendeckung für *alle* Arbeitnehmer auszugehen.

⁷⁵ Es kann hier dahingestellt bleiben, ob in Tarifverträgen Individualnormen, die hier auf die Person eines bestimmten Arbeitnehmers zugeschnitten sind, überhaupt zulässig sind. Dazu *Säcker*, Gruppenautonomie aaO, S. 269f mit weit. Nachw.

⁷⁶ Zu den beschränkten Versicherungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers vgl. *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 116f; *Döring*, Arbeitnehmerhaftung und Verschulden, S. 118f.

⁷⁷ Vgl. *Canaris*, RdA 66, 51.

⁷⁸ Bei normalen Austauschverträgen konnte es hingegen dahingestellt bleiben, ob diese Prämien im Einzelfall wirtschaftlich sinnvoll sind; denn dort existieren – in generalisierender Betrachtungsweise – ausreichende Anreize, das Risiko gegen entsprechende Erhöhung bzw. Senkung der Vergütung zu übernehmen, falls dies im Einzelfall wirtschaftlich zweckmäßiger ist. Siehe S. 84ff.

Arbeitnehmer nicht zugemutet werden. Zu einem vertraglichen Risikoausschluß fehlt ihm die Marktmacht, während es ihm zum Abschluß von Versicherungen oder auch nur zur Kalkulation von Risiken bzw. zur Ansammlung einer Absorptionsmasse häufig an der notwendigen kaufmännischen Geschicklichkeit mangelt. Selbst wenn der Arbeitnehmer insoweit nicht überfordert sein sollte, so wäre es doch sehr fraglich, ob angesichts der Höhe des Lohnes von ihm erwartet werden darf, daß er die Kraft aufbringt, die notwendig ist, um die Risikorücklagen nicht zur Deckung sonstigen Bedarfes auszugeben.⁷⁹

Berücksichtigt man entgegen den für normale Austauschverträge geltenden Grundsätzen die Marktschwäche, die individuellen Fähigkeiten und das Einkommen der Arbeitnehmer, so kann demnach von einem typischen arbeitsrechtlichen Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers⁸⁰ gesprochen werden, der um so stärker ausfällt, je geringer die Verhandlungsmacht des Arbeitnehmers und seine geschäftlichen Fertigkeiten sind und um so größer das mit der Tätigkeit verbundene Schadensrisiko ist.

Dieses an die Höhe des Lohnes anknüpfende Verständnis des Absorptionsgedankens wird bestätigt durch eine Parallele zum *Auftragsrecht* und zum Recht der Geschäftsführung ohne Auftrag. Auch dort ist heute allgemein anerkannt, daß der Beauftragte oder der berechtigte Geschäftsführer ohne Auftrag Schäden, die er bei seiner Tätigkeit erleidet, grundsätzlich auf den Auftraggeber bzw. den Geschäftsherrn abwälzen kann.⁸¹ Der Schuldner wird also vom Risiko planungswidrigen

⁷⁹ Es ist daher sehr problematisch, dem Arbeitgeber zu erlauben, sich durch Zahlung besonders ausgewiesener Risikoprämien der Risikobelastung zu entziehen. Befürwortend: *Gaul* AuR 65, 229; *Genius*, AcP 173, 514; ablehnend: *Canaris*, RdA 66, 47, 51 mit weit. Nachw.; *Boergen*, MDR 71, 180. Man wird jedenfalls bei Arbeitern und kleineren Angestellten der zweiten Ansicht zu folgen haben, zumal die Gerichte vielfach auch überfordert wären, wollten sie im Einzelfall die Risikoprämien auf ihre kalkulatorische Richtigkeit hin überprüfen.

⁸⁰ Bei einem Leiharbeitsverhältnis ist „Arbeitgeber“ und „Veranlasser“ sicherlich der Verleiher. Der BGH (NJW 73, 2021) hat gleichwohl zu Recht die Grundsätze der gefahrengeneigten Arbeit unmittelbar gegenüber dem Entleiher angewandt. Er beruft sich dabei auf die das Haftungsprivileg tragende Fürsorgepflicht, die der Entleiher unmittelbar dem Arbeitnehmer schulde. Von dem hier vertretenen Ansatz her läge es zwar nahe, dem Arbeitnehmer einen Freistellungsanspruch gegen den Verleiher zu geben, der sich seinerseits an den Entleiher wenden kann. Im Verhältnis zwischen Verleiher und Entleiher hat nämlich der Entleiher das Risiko nicht nur „veranlaßt“, sondern er kann es auch besser beherrschen und absorbieren. Da der Verleiher nur den Arbeitnehmer zum Zweck der Arbeitsleistung zur Verfügung zu stellen hat, (*Becker/Kreikebaum*, Zeitarbeit, S. 109), kann der Arbeitnehmer auch nicht als Erfüllungsgehilfe des Verleihers angesehen werden, so daß dieser sich das Verschulden des Arbeitnehmers nicht gemäß § 278 BGB zuzurechnen lassen braucht. So im Ergebnis auch *Maurer*, AR-Blattei, Leiharbeitsverhältnis I, G II 3. Da der Verleiher das Risiko seinerseits auf den Entleiher abwälzen kann, sollte man den Arbeitnehmer nicht mit der Gefahr eines Konkurses des Verleihers belasten, sondern das Risiko unmittelbar nach den Grundsätzen des Vertrages zugunsten Dritter dem Entleiher auferlegen. Vgl. BGH, NJW 62, 389; weit. Nachw. *Palandt-Heinrichs*, BGB, § 276 Anm. 5 B a cc.

⁸¹ Vgl. *Erman-Hauß*, BGB, § 670 Anm. 7 ff; *Soergel-Mühl*, BGB, § 670 Anm. 7; *Staudinger-Nipperdey*, BGB, § 670 Anm. 6 mit jeweils weit. Nachw.

Aufwandes entlastet. In der neueren Literatur⁸² wird der tiefere Grund dieser Risikoverteilung in der „Tätigkeit im fremden Interesse“ gesehen: derjenige, der von einem anderen eine bestimmte Tätigkeit ausführen lasse und der den Vorteil aus dieser Tätigkeit ziehe, habe die mit einer derartigen Tätigkeit verbundene Schadensgefahr auf sich zu nehmen. Darin spiegelt sich die Vorstellung wider, daß dem Auftraggeber das Risiko aufgrund des arbeitsteiligen Veranlassungsprinzips zuzuordnen ist. Bezeichnend für die *Parallele* zu der Verteilung des Risikos planungswidrigen Aufwandes bei der gefahrengeneigten Arbeit ist aber weniger die mittelbare Berufung auf das Veranlassungsprinzip; bezeichnend ist vielmehr die *Vernachlässigung* des Umstandes, daß der Auftraggeber bzw. der Geschäftsführer die mit ihrer Tätigkeit verbundenen Risiken typischerweise *besser kalkulieren und effizienter steuern* können. Evident ist dieser Vorsprung bei der Geschäftsführung ohne Auftrag, wo der Geschäftsherr die Art der Tätigkeit des Geschäftsführers gar nicht kennt. Aber auch beim Auftrag hätte der Auftragnehmer nach den für *entgeltliche Austauschverträge* entwickelten Kriterien die mit seiner Tätigkeit verbundenen, vorhersehbaren Schadens-, Aufwandserhöhungsrisiken auf sich zu nehmen, *wenn er sich nicht darauf berufen könnte, daß er unentgeltlich geleistet habe*. Dem Auftragnehmer werden mithin die von ihm zweifellos besser zu prognostizierenden und abzuwehrenden Gefahren lediglich deshalb nicht angelastet, weil er mangels eines Entgelts nicht die notwendigen Rücklagen für eine Absorption der Risiken zu bilden vermag. Aus demselben Grund wird auch das abstrakte Beherrschbarkeitsprinzip in der für normale Austauschverträge geltenden Fassung ausgeschaltet, da die mit seiner Hilfe intendierte Optimierung der Schadensabwehr zur Voraussetzung hat, daß der Schuldner im selbststeuernden System die Wahl⁸³ hat, ob er die Gefahren durch nach seiner Ansicht angemessene Maßnahmen kontrolliert oder die potentiellen Schäden über die Gegenleistung absorbiert.⁸⁴

Die Berücksichtigung der typischen Marktschwäche des Arbeitnehmers führt auch zu einer von normalen Austauschverträgen abweichenden Beurteilung der *Beherrschbarkeit* des Risikos, das aus der schadensgeneigten Tätigkeit entspringt. Im Vergleich zu Verträgen, in denen sich Austauschpartner mit ausgewogener Marktmacht gegenüberstehen, ist nämlich der Druck auf den Arbeitgeber bedeutend geringer, im gesamtwirtschaftlich tragbaren Rahmen Sorgfaltsverstöße des Arbeitnehmers zu verhindern oder wenigstens ihre Folgen zu mindern. Unterstellt man, daß das Machtgefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer gering ist, so könnte der Arbeitnehmer das Risiko, als Folge schadensgeneigter Tätigkeit Schadensersatz zahlen zu müssen, mittelfristig in Form höherer Löhne ganz oder teilweise wieder auf den Arbeitgeber abwälzen. Der Arbeitgeber sähe sich also bei

⁸² Canaris, RdA 66, 43; Huber, Die Haftung des Geschäftsherrn für schuldlos erlittene Schäden des Geschäftsführers beim Auftrag und der berechtigten GoA, S. 52 ff; Larenz, JuS 65, 375; Genius, AcP 173, 512 ff.

⁸³ Eine „Wahl“, die bei Austauschverträgen typischerweise unter dem Druck wesentlichen Wettbewerbes steht.

⁸⁴ Siehe oben S. 78 ff.

entsprechend intensiver Nachfrage nach Arbeitskraft gezwungen, Löhne zu bezahlen, die die angesichts der typischen Machtverhältnisse auf dem Arbeitsmarkt bewilligten Entgelte übersteigen. Dadurch würden für den Arbeitgeber viele Vorkehrungen, mit deren Hilfe sich die Wahrscheinlichkeit von Sorgfaltsverstößen bzw. deren Auswirkungen mindern ließen, *rentabel* werden, da er unter Berufung auf diese Vorkehrungen in den Lohnverhandlungen die Entgeltforderungen überproportional senken könnte. Unter den gegebenen Marktbedingungen fehlt aber bei Arbeitsverträgen dieser faktische Anreiz weitgehend. Um den Arbeitgeber stärker zu motivieren, die Schadensabwehr zu optimieren, müssen ihm daher die aus der Tätigkeit des Arbeitnehmers resultierenden Schadensrisiken jedenfalls dann zugerechnet werden, wenn die Arbeit erhöhte Gefahren und typische Fehlgriffe mit sich bringt. Auf diese Weise kann in der für Arbeitsverhältnisse charakteristischen Marktsituation ein Beitrag zur besseren Allokation der Ressourcen geleistet werden.

Es zeigt sich somit, daß die neuere Lehre⁸⁵ das Problem der Haftung des Arbeitnehmers zu Recht aus den konturenlosen Vorstellungen von der Fürsorgepflicht⁸⁶ des Arbeitgebers herausgeführt hat und als Wurzel des Haftungsprivilegs des Arbeitnehmers einerseits die Veranlassung einer Tätigkeit im fremden Interesse und andererseits die Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit des Risikos durch den Arbeitgeber bezeichnet hat. Allerdings hat sie verschiedentlich den Einfluß des materiellen Äquivalenzgedankens auf die Konkretisierung bzw. Modifizierung des Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzips unterbewertet.⁸⁷ Sie leugnete, zum Teil explizit, den spezifisch arbeitsrechtlichen Charakter⁸⁸ der Risikoverteilung⁸⁹ in entgeltlichen Verträgen und geriet dadurch in einen unauflösbaren Widerspruch zur Risikoordnung bei sonstigen Austauschverträgen. Dieser Widerspruch löst sich auf, wenn man bei der Risikoordnung der typischen wirtschaftlichen Schwäche und Abhängigkeit des Arbeitnehmers Rechnung trägt.

b) Die Ausgestaltung des Haftungsprivilegs des Arbeitnehmers

Im folgenden sollen die Konsequenzen für die Zurechnung des Risikos unsorgfältigen Handelns des Arbeitnehmers dargestellt werden, die sich aus der durch den arbeitsrechtlichen Schutzgedanken modifizierten Deutung des Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedankens ergeben.

Als erstes stellt sich die Frage, in welchen Tätigkeitsbereichen ein Haftungsprivi-

⁸⁵ Canaris, RdA 66, 45 ff; Larenz, JuS 65, 375 f; Söllner, ArbR, S. 216; Gamillscheg/Hanau, Haftung aaO, S. 46 ff; Richardi, ZfA 74, 21; Zeuner, RdA 75, 87; Soergel-Wlotzke/Volze, BGB, § 611 Anm. 68; vgl. auch Genius, AcP 173, 502 f; Hübner, Schadenszurechnung aaO, S. 120 ff.

⁸⁶ Vgl. BAG, AP Nr. 8, 16, 61 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 233; Nikisch, ArbR I, S. 304.

⁸⁷ Vgl. aber Zeuner, RdA 75, 87; Buchner, RdA 72, 157; ferner Gamillscheg/Hanau, S. 59 ff; Genius, AcP 173, 525; Zöllner, Arbeitsrecht, S. 154 f.

⁸⁸ Der seinerseits auf einem arbeitsrechtlichen Verständnis des materiellen Äquivalenzgedankens beruht.

⁸⁹ Vgl. Canaris, RdA 66, 41, 45, 49; Richardi, ZfA 1974, 21.

leg des Arbeitnehmers zu statuieren ist. Sie wird vielfach mit dem Begriff der gefahreneigenen Arbeit beantwortet, der das Aufgreifkriterium für die spezifisch arbeitsrechtliche Risikoverteilung liefern soll.

Der älteren Rechtsprechung des BAG zufolge fand das Haftungsprivileg der gefahreneigenen Arbeit nur bei Tätigkeiten Anwendung, die generell-typisch auch bei einem zuverlässigen Arbeitnehmer eine erhöhte Wahrscheinlichkeit eines gelegentlichen Versagens mit sich brachten.⁹⁰ Später stellte das BAG auf die konkrete Gefahrenlage ab. Entscheidend für eine von normalen Austauschverträgen abweichende Risikoverteilung ist danach, daß sich der Arbeitnehmer in einer Situation befinden haben muß, in der erfahrungsgemäß auch einem sorgfältigen Arbeitnehmer ein Fehler unterläuft.⁹¹

Eine zumindest partielle Zurechnung des Schadensrisikos an den Arbeitgeber ist sicherlich grundsätzlich dann angebracht, wenn dem Arbeitnehmer ein Fehler *in einer Situation* unterläuft, in der *erfahrungsgemäß mit Sorgfaltsverstößen* zu rechnen ist.

Der erhöhten Wahrscheinlichkeit eines Schadens stehen nämlich typischerweise keine ausreichenden Absorptionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers gegenüber. Umgekehrt erleichtert gerade die Erfahrung, daß bei gewissen Tätigkeiten auch von an sich zuverlässigen Arbeitnehmern Sorgfaltsverstöße begangen werden, dem Arbeitgeber die Kalkulation dieser Gefahr. Er kann daher das Risiko aufgrund seines größeren finanziellen Rückhaltes⁹² zweifellos besser als der Arbeitnehmer absorbieren. Die statistische Signifikanz eines erhöhten Risikos gibt darüber hinaus dem Arbeitgeber auch Anlaß zu prüfen, ob mit Hilfe von langfristig rentablen, technischen bzw. organisatorischen Maßnahmen ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers verhindert oder dessen Auswirkungen minimiert werden können.

Daraus folgt, daß sich der Arbeitgeber das Risiko einer gefahreneigenen Arbeit zurechnen lassen muß, unabhängig davon, ob in der konkreten⁹³ Situation für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer die Gefahrenneigung aus dem Stoff des Arbeitssubstrats, der Technik der Arbeitsleistung oder aus der Hetze bzw. Monotonie der Arbeit resultierte.⁹⁴ Beschäftigt der Arbeitgeber Arbeitnehmer, die lediglich über

⁹⁰ BAG, AP Nr. 1 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; hieran hält *Richardi*, Arbeitsrecht (ArbR), S. 51 fest.

⁹¹ BAG, AP Nr. 22, 26, 53, 56, 59 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

⁹² Das hier anklingende „deep-pocket“-Prinzip (dazu oben S. 89ff, stellt das Korrelat zur besonderen wirtschaftlichen Potenz des Arbeitgebers dar.

⁹³ Man könnte erwägen, auf die abstrakte Gefahrenneigung abzustellen. Die abstrakte Gefahrenneigung ist jedoch ohne genügende Aussagekraft für die Höhe des Risikos. Wenn auch eine bestimmte Gefahrenneigung die Tätigkeit schlechthin färben kann, so geschieht dies doch nur in Hinblick auf gewisse Konstellationen, die im Rahmen dieser Tätigkeit erfahrungsgemäß wiederkehren. Zu rechtfertigen wäre das Kriterium der abstrakten Gefahrenneigung allenfalls mit einem starken Praktikabilitätsbedürfnis. Dies klingt bei *Hanau*, Anmerkung zu BAG, AP Nr. 56 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“ und *Richardi*, Arbeitsrecht, S. 50 an.

⁹⁴ *Galperin*, AR-Blattei, Haftung des Arbeitnehmers III, C I 3; vgl. ferner *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 54f.

geringe Berufspraxis verfügen und eher einmal den in ihrem Beruf üblichen Verhaltenspflichten zuwiderhandeln werden, so ist ihm auch diese Form eines gesteigerten Schadensrisikos aufzuerlegen; denn der Lohn des Berufsanfängers wird nicht nur relativ niedrig sein und deshalb die Diskrepanz zwischen Risiko und faktischen Absorptionsmöglichkeiten des Arbeitnehmers noch mehr in die Augen stechen, sondern der Arbeitgeber hat es auch stärker in der Hand, das aufgrund mangelnder Berufserfahrung erhöhte Betriebsrisiko gegen die ihm aus der verhältnismäßig niedrig bezahlten Arbeitsleistung zufallenden Vorteile abzuwägen⁹⁵ und gegebenenfalls außerordentliche Vorsorgemaßnahmen zu treffen.⁹⁶

Dabei sollte man indessen nicht stehenbleiben. Auch dort, wo ein durchschnittlicher Arbeitnehmer kaum jemals einen Schaden verschulden wird, sieht sich der Arbeitnehmer in der Regel einem Risiko gegenüber, das er nicht ohne weiteres zu absorbieren vermag. Hierher gehören die Fälle, in denen dem Arbeitnehmer *große Werte* anvertraut sind. Nahezu alle Arbeitnehmer werden ab und zu mit großen Vermögenswerten des Arbeitgebers bzw. dritter Personen unmittelbar oder mittelbar in Berührung kommen, die durch ein ihnen anzulastendes fahrlässiges Verhalten Schaden erleiden können. Das arbeitsrechtliche Haftungsprivileg muß daher auch – wie Gamillscheg/Hanau zutreffend hervorheben – dort angewendet werden, wo infolge eines vorwerfbaren Versehens des Arbeitnehmers ein übermäßig hoher Schaden verursacht wird, obwohl in der konkreten Situation ein Sorgfaltsverstoß des Arbeitnehmers sehr selten ist. Der Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers ist hier evident.

Problematisch sind lediglich die Fälle, in denen dem Arbeitnehmer ein *gänzlich unüblicher* Fehler unterläuft, der relativ geringfügige Schäden anrichtet. Auch hier kann man indessen nicht ohne weiteres einen Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers verneinen. Man muß nämlich berücksichtigen, daß sich derartige Schäden bei einem Arbeitnehmer häufen können, ohne daß ihm daraus der Vorwurf generell schlampigen Arbeitens gemacht werden könnte. Kumulieren sich derartige Schäden bei einem durchschnittlichen Arbeitnehmer, so werden häufig angesichts des Arbeitseinkommens und der Fähigkeiten des Arbeitnehmers zur Rücklagenbildung dessen Absorptionsmöglichkeiten schnell erschöpft sein.

Es empfiehlt sich daher, grundsätzlich die Haftungsbegünstigung *auf alle Arbeiten zu erstrecken*, – das Erfordernis einer spezifisch schadensgeneigten Tätigkeit also aufzugeben.⁹⁷ Das Gewicht der Beherrschungsmöglichkeiten, die zu Lasten des Arbeitgebers in die Waagschale fallen, und das konkrete Ausmaß des Absorptionsvorsprungs des Arbeitgebers divergieren zwar von Fallgruppe zu Fallgruppe. Dem kann aber im Rahmen einer Abwägung der Zurechnungsfaktoren ausreichend Rechnung getragen werden.

⁹⁵ Vgl. BAG, AP Nr. 58 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

⁹⁶ Deshalb muß sich der Arbeitnehmer das Verschweigen mangelnder Praxis zurechnen lassen. Vgl. BAG, AP Nr. 74 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

⁹⁷ So im Ergebnis auch Gamillscheg/Hanau, aaO, S. 59ff mit weit. Nachw.; vgl. ferner Buchner, Anm. zu BAG, AP Nr. 66 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

Auszuscheiden sind lediglich die Fälle, in denen sich *kein tätigkeitsspezifisches Risiko* realisiert; denn dem Arbeitgeber können nur die von ihm veranlaßten Risiken zugerechnet werden. Das heißt freilich nicht, daß der Arbeitgeber auf das allgemeine Lebensrisiko des Arbeitnehmers verweisen darf,⁹⁸ wenn dieser auf einer übersichtlichen, unbelebten Straße einen Unfall verschuldet und dabei das Kraftfahrzeug des Arbeitgebers beschädigt. Auch hier verwirklicht sich eine tätigkeitsspezifische Gefahr. Bei der Beantwortung der Frage, ob die Tätigkeit des Arbeitnehmers die Wahrscheinlichkeit eines Schadeneintritts erhöht, muß man nämlich berücksichtigen, ob bei bestimmten Arbeiten kleine Fehlreaktionen sofort zu Unfällen führen können, und mit welcher Intensität der Arbeitnehmer derartige Tätigkeiten ausübt.

Besitzt beispielsweise der Arbeitnehmer kein eigenes Kraftfahrzeug und ist er auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen, so wird für ihn die Gefahr der privaten Teilnahme am Straßenverkehr bedeutend geringer sein als das dienstliche Risiko, auf einer unbelebten, übersichtlichen Straße einen Unfall zu verursachen.⁹⁹ Selbst wenn der Arbeitnehmer üblicherweise ein eigenes Kraftfahrzeug benutzen sollte, so wird er dies im Unterschied zum Berufskraftfahrer nur in bedeutend geringerem Umfang tun. Darüber hinaus muß man bei der Abgrenzung des allgemeinen Lebensrisikos vom spezifischen Tätigkeitsrisiko beachten, daß das Ausmaß des Risikos auch durch den Umfang des potentiellen Schadens bestimmt ist. Der Sekretärin, die einen wichtigen Brief rechtzeitig zur Post zu bringen vergißt, kann daher nicht entgegengehalten werden, derartige Fehler würden auch im Privatleben passieren. Als allgemeine Lebensrisiken sind mithin nur solche Gefahren auszuklammern, denen der individuelle Arbeitnehmer nach Art, Umfang und Wahrscheinlichkeit auch im Privatleben ausgesetzt ist. Hierher ist beispielsweise der Fall zu rechnen, daß das Mobiliar und das Gebäude durch einen starken Gewitterregen beschädigt werden, weil ein Arbeitnehmer vergißt, nach Dienstende die Bürofenster zu schließen.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus gilt das Haftungsprivileg für *alle Arbeitnehmer*, also grundsätzlich auch für *leitende Angestellte*.

Der Arbeitgeber bedient sich leitender Angestellter ebenso wie anderer Arbeitnehmer, um mit Hilfe ihrer spezialisierten Kenntnisse und Fähigkeiten den Unternehmenszweck zu realisieren. Wenn auch der weisungsfreie Spielraum der leitenden Angestellten größer ist, so kann doch nicht behauptet werden, daß sie einem bedeutend niedrigeren Schadensrisiko ausgesetzt sind. Das Arbeitstempo der leitenden Angestellten, die sich ihren Posten erhalten wollen, pflegt nicht gering zu sein. Zumal dort, wo kurzfristige Entscheidungen gefällt werden müssen, werden daher Fehlreaktionen, die auf einer Nichtbeachtung wichtiger Daten beruhen, nicht selten sein. Selbst wenn der leitende Angestellte alle Daten gekannt hat, sieht er sich doch mit der Gefahr konfrontiert, daß die von ihm angeordneten und für angemessen gehaltenen Vorkehrungen nachträglich für unzureichend befunden werden, da er

⁹⁸ So aber *Canaris*, RdA 66, 46.

⁹⁹ Daß die tätigkeitsspezifische Gefahr individuell zu bestimmen ist, betont zutreffend *Genius*, AcP 173, 514. Zum allgemeinen Lebensrisiko vgl. ferner oben S. 192.

sich weniger als sonstige Arbeitnehmer auf überkommene Berufsstandards zu stützen imstande ist. Schließlich darf man bei der Bewertung des Risikos den Umstand nicht vernachlässigen, daß leitende Angestellte in aller Regel besonders gewichtige oder weitreichende Entscheidungen zu treffen haben. Ein Sorgfaltsverstoß wird daher häufig ungewöhnlich hohe Schäden nach sich ziehen.¹⁰⁰

Man kann nun zwar bei leitenden Angestellten eher als bei anderen Arbeitnehmern vermuten, daß sie ein ihr Risiko deckendes Gehalt beziehen und auch fähig sind, Rücklagen zu organisieren. Dies reicht aber nicht aus, um von einer an den Arbeitnehmerbegriff anknüpfenden Typisierung abzurücken. So wenig beispielsweise bei einer Lohnfortzahlung im Krankheitsfall,¹⁰¹ bei Mutterschutz¹⁰² oder bei der Kündigung die leitenden Angestellten aus dem arbeitsrechtlichen Sozialschutz ausgeklammert werden, so wenig sollte man bei der Verteilung des Haftungsrisikos nach leitenden und sonstigen Angestellten differenzieren.¹⁰³

Der aus dem Sorgfaltsverstoß des Arbeitnehmers entspringende Schaden ist in einer *konkreten Abwägung* der „Veranlassung des zugrunde liegenden Risikos“ sowie der den Parteien aus spezifisch arbeitsrechtlicher Sicht offenstehenden Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten zu verteilen. Als Ergebnis dieser Abwägung muß nicht notwendig der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer mit dem vollen Risiko belastet werden, sondern das Risiko kann durchaus auch quotisiert werden.

Damit setzt man sich zwar zu den für *normale Austauschverträge* geltenden Grundsätzen *in Widerspruch*. Besitzt dort eine der Parteien die Möglichkeit, das Risiko besser zu beherrschen, so findet der Rechtsgedanke des § 254 BGB keine Anwendung.¹⁰⁴ Das Risiko wird voll derjenigen Partei zugewiesen, die das Risiko effizienter zu steuern vermag. Das ist auch durchaus sachgerecht. Die Parteien sollen bei Vertragsabschluß wissen, welcher Teil in welchem Umfang das Risiko zugewiesen erhält. Die Kalkulierbarkeit des Risikos wäre erheblich erschwert, wenn die Parteien noch eine denkbare Quotisierung in ihre Überlegungen einbeziehen müßten. Das „Alles oder Nichts“-Prinzip schafft demgegenüber eine vergleichsweise sichere Kalkulationsbasis.

Zum anderen wird durch die totale Zuweisung des Risikos an diejenige Partei, die es nach allgemeinen Merkmalen am besten zu steuern imstande ist, der Druck verstärkt, optimale Schutzvorkehrungen zu treffen, um die Gefahr möglichst klein zu halten. Würde man einen Teil der Risikofolgen auch dem Vertragspartner auferlegen, der das Risiko zwar abstrakt zu beherrschen in der Lage ist, dessen Beherr-

¹⁰⁰ Vgl. *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 19f.

¹⁰¹ §§ 616 II BGB, 62 HGB, 133c GewO.

¹⁰² § 1 Nr. 1 MuSchG.

¹⁰³ So auch *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 20; *Buchner*, RdA 72, 168; *Boerger*, MDR 71, 181.

¹⁰⁴ Siehe z. B. oben S. 100ff, 104ff, 115, 157ff. Es kann daher *Canaris*, RdA 66, 46f, 49 nicht zugestimmt werden, daß auch bei Austauschverträgen de lege late immer § 254 BGB mit der Folge der Schadensteilung eingreife, wenn zwei Zurechnungsgründe auf verschiedenen Seiten zusammentreffen.

schungsmöglichkeiten aber nicht an die der anderen Partei heranreichen, so müßte man eine Aufsplitterung der Abwehrmaßnahmen und häufig eine Verringerung ihrer Effizienz in Kauf nehmen.

Dieser Weg ist bei der spezifisch arbeitsrechtlichen Risikoverteilung jedoch nicht gangbar. Auf der einen Seite steht das Verschuldenselement, das bei normalen Austauschverträgen – von Ausnahmen abgesehen – zu Recht alle anderen Zurechnungsprinzipien verdrängt. Aus dieser *Zurechnung* darf man den *Arbeitnehmer nicht* ohne weiteres *gänzlich entlassen*, nur weil der Arbeitnehmer typischerweise keinen die Risikodeckung garantierenden Lohn zu erzielen vermag, und der Arbeitgeber daher einen Absorptionsvorsprung besitzt sowie das Risiko vielfach im Rahmen seiner Beherrschungsmöglichkeiten wirksam und gesamtwirtschaftlich rentabel zu senken imstande ist. Damit würde man nämlich nicht nur die soziale Bedeutung des vertragswidrigen und gegen zumutbare Standards verstößenden Verhaltens des Arbeitnehmers über Gebühr verringern,¹⁰⁵ das im geltenden Recht nun einmal grundsätzlich eine unbeschränkte Ausgleichspflicht auslöst. Man würde auch die Präventionsfunktion¹⁰⁶ der Zurechnung von Sorgfaltsverstößen schwächen. Mag auch langfristig eine schuldhaft Schadensverursachung unvermeidlich sein, so heißt das noch nicht, daß sich bei einer völligen Entlastung des Arbeitnehmers die Nachlässigkeiten nicht noch mehr häufen würden, als dies der Fall wäre, wenn dem Arbeitnehmer ein Teil des Schadens droht. Beides spricht dafür, in Analogie zu § 254 I BGB¹⁰⁷ das jeweilige Ausmaß des Verschuldens von Fall zu Fall gegen das Gewicht des Veranlassungsgedankens sowie des arbeitsrechtlich geprägten Absorptions- und abstrakten Beherrschbarkeitsprinzips¹⁰⁸ abzuwägen. Die Risikofolgen sind demnach nicht nach dem „Alles oder Nichts“-Prinzip, sondern in differenzierender Quotisierung zu verteilen.

Die Rechts- und Verkehrssicherheit wird durch diese Form der Risikoverteilung nicht allzu sehr beeinträchtigt,¹⁰⁹ wenn man bedenkt, daß nur einige wenige Risikozurechnungselemente zu berücksichtigen sind.¹¹⁰ Faktoren,¹¹¹ wie Dauer der Betriebszugehörigkeit, Lebensalter, Familienstand sowie konkrete Vermögensverhält-

¹⁰⁵ Vgl. BAGE 7, 298.

¹⁰⁶ Siehe zur Präventionsfunktion der Risikoverteilung oben S. 82 f; ferner BAG, AP Nr. 8, 23 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; *Buchner*, RdA 72, 158, 165, 169; *Döring*, Arbeitnehmerhaftung, aaO, S. 56 f; zweifelnd *Lichtenberg*, Haftpflichtrisiko aaO, S. 75 ff. Ablehnend *Steindorff*, AuR 66, 68, der allerdings die Präventionsfunktion der Risikozurechnung mit einer Buß- bzw. Straffunktion gleichsetzt; ähnlich *Rother*, Haftungsbeschränkung aaO, S. 274.

¹⁰⁷ So im Ergebnis auch *Canaris*, RdA 66, 46 f; vgl. ferner BAG, AP Nr. 55, 50 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“, das auch eine Analogie zu den §§ 430, 840, 846 BGB, 17 StVG, 41 LuftVG, 9b HaftPflG zieht. Weit. Nachw. zur Ablehnung des „Alles oder Nichts“-Prinzips, *Hueck-Nipperdey*, ArbR I, S. 233 f; *Richardi*, Arbeitsrecht, S. 49.

¹⁰⁸ Ähnlich BAG, AP Nr. 50, 57, 59, 62, 63, 69 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“ mit der Betonung des Gedankens des Betriebsrisikos.

¹⁰⁹ Kritisch *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 78 ff.

¹¹⁰ Vgl. *Canaris*, RdA 66, 47.

¹¹¹ Vgl. BAGE 5, 7.

nisse, scheiden somit aus der Abwägung aus.¹¹² Diesen Faktoren kann man zwar zum Teil eine gewisse Affinität zum Absorptionsgedanken nicht absprechen. Sie bleibt indessen rechtlich unerheblich, da die besondere Ausprägung des Absorptionsprinzips im Arbeitsrecht ausschließlich auf dem typischen Ungleichgewicht von Vergütung und den mit der Arbeitsleistung verbundenen Risiken beruht. Deshalb muß beispielsweise der Umstand, daß der Arbeitnehmer ein Vermögen geerbt hat, außer Betracht bleiben.¹¹³

Im einzelnen wird man vornehmlich die Intensität des Verschuldens, die Typizität des Sorgfaltsverstosses, die Steuerungsmöglichkeiten des Arbeitgebers und das Verhältnis zwischen Schaden und Entgelt abzuwägen haben. Aus diesen Wertungselementen läßt sich eine relativ klare Skala von Rechtsfolgen ableiten.

Bei *leichtester Fahrlässigkeit*¹¹⁴ des Arbeitnehmers ist dem Arbeitgeber das Risiko sicherlich dort voll zuzuweisen, wo erfahrungsgemäß Sorgfaltsverstöße vorkommen. Hier stehen sich nämlich ein besonders geringfügiger Fehler und eine gute Kalkulierbarkeit des Risikos gegenüber, aufgrund derer der Arbeitgeber die Risikofolgen relativ leicht absorbieren kann.¹¹⁵ Eine Versicherung des Arbeitnehmers hebt grundsätzlich den Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers nicht auf; denn die Inanspruchnahme der Versicherung wirkt sich unmittelbar oder mittelbar auf die Höhe der Prämien aus. Eine Ausnahme gilt nur dort, wo der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen übertariflichen Zuschlag in Höhe der Versicherungsprämie gewährt.¹¹⁶ Das Pendel schlägt noch eindeutiger zu Lasten des Arbeitgebers aus, falls der Arbeitgeber das Risiko zu beeinflussen vermochte, da dann auch kraft abstrakter Beherrschbarkeit die Chance, Sorgfaltsverstößen ihre Bedeutung zu nehmen, in Rechnung zu stellen ist.

Muß sich der Arbeitnehmer in einer Situation, in der *eine typisch erhöhte Neigung* existiert, die *gewöhnlichen Sorgfaltsregeln* außer acht zu lassen, ein „mittleres“ *Verschulden* vorwerfen lassen, so ist der Schaden zu quotisieren.¹¹⁷ In Anbetracht des Absorptionsvorsprunges des Arbeitgebers sollte man dem Arbeitnehmer nur eine gemessen am Arbeitsentgelt relativ geringfügige Quote auferlegen.¹¹⁸ Diese Quote

¹¹² Ebenso *Canaris*, RdA 66, 47.

¹¹³ Vgl. *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 79; *Mayer-Maly*, AR-Blattei „Haftung des Arbeitnehmers“, Bl. 7; *Hueck-Nipperdey*, ArbR I, S. 234f, mit weit. Nachw.

¹¹⁴ BAG, AP Nr. 8, 16 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; zum Begriff vgl. *Mayer-Maly*, AcP 163, 115ff.

¹¹⁵ Vgl. *Canaris*, RdA 66, 47.

¹¹⁶ Vgl. *Canaris*, RdA 66, 47.

¹¹⁷ BAG, AP Nr. 59, 63 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; ablehnend *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 81.

¹¹⁸ Im Ergebnis wird die Höhe der Quote im Einklang mit dem Absorptionsgedanken also stark an den Verdienstmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu orientieren sein. Wenn sich danach eine an einer bestimmten Anzahl von Monatsverdiensten ausgerichtete Obergrenze einpendelt, so steht dies zur Schadensverteilung nach Quoten nicht im Widerspruch, da bei entsprechend hohen Schäden dann eben der relativ geringe Verdienst stärker ins Gewicht fällt. So im Ergebnis auch *Boegner*, MDR 71, 181.

ist noch weiter zu senken, falls der Arbeitgeber das Risiko nach den Grundsätzen der abstrakten Beherrschbarkeit in den Griff bekommen konnte. Auf diese Weise wird nämlich sichergestellt, daß die Bemühungen des Arbeitgebers um eine optimale Gefahrenabwehr intensiviert werden.

Bei *ungewöhnlichen Schäden*, die mit durchschnittlicher Fahrlässigkeit verursacht werden, muß sich der Arbeitnehmer das Risiko bis zur Grenze der „Unverhältnismäßigkeit“ von Lohn und Schadensumfang zurechnen lassen;¹¹⁹ denn bei derartigen Schäden ist der Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers geringer, weil er das Risiko schlechter kalkulieren kann und andererseits der Arbeitnehmer solche seltenen Schäden, die nur in großen Zeitabständen auftreten werden, eher zu verkraften vermag. Eine Quotisierung des Schadens ist aber dort angebracht, wo sich bei einem Arbeitnehmer derartige Schäden *zufällig häufen*¹²⁰ oder im Einzelfall *im Vergleich zum Entgelt* übermäßig hoch sind. Unter diesen besonderen Umständen ist der Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers doch so signifikant, daß er den Arbeitnehmer von dem Teil des Schadens entlasten muß, der angesichts seiner lohnbestimmten Absorptionsfähigkeit unzumutbar ist.

Aus einer *groben Fahrlässigkeit* folgt schließlich nicht immer die volle Ersatzpflicht des Arbeitnehmers.¹²¹ Hier hat man zu berücksichtigen, daß sich das Verschulden stets nur auf den haftungsauslösenden Akt, nicht aber auf den weiteren Kausalverlauf erstrecken muß. Der Arbeitnehmer kann sich daher nur zu leicht mit unverhältnismäßig großen Schäden konfrontiert sehen, mit denen er nicht rechnen mußte. Bei einer derartigen Konstellation ist das Gewicht der groben Fahrlässigkeit nicht so stark, als daß es den Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers, der sich gerade bei unerwarteten Schadensfolgen zeigt, gänzlich in den Hintergrund drängen würde.¹²² Das gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer Weisungen des Arbeitgebers mißachtet hat,¹²³ weil er glaubte, durch sein eigenmächtiges Vorgehen die ihm übertragene Arbeit im Interesse des Arbeitgebers schneller und besser erledigen zu können.¹²⁴ Freilich wird man in einem solchen Fall die Schadensquote zu Lasten des Arbeitnehmers besonders hoch ansetzen müssen.

¹¹⁹ *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 81.

¹²⁰ Die Häufung von Unfällen darf, wenn sie augenscheinlich nur auf Zufall beruht, nicht dem Arbeitnehmer zur Last gelegt werden (anders LAG Bremen, BB 1960, 780; LAG Baden-Württemberg, ARSt 1965, 383; wohl auch *Hueck-Nipperdey*, ArbR I, S. 235). Wiederholte Sorgfaltsverstöße können allerdings ein Indiz für grobe Fahrlässigkeit darstellen. Vgl. RAG, ARS 43, 115; ferner *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 71.

¹²¹ *Döring*, Arbeitnehmerhaftung und Verschulden, S. 116 ff. m. w. Nachw. Anderer Ansicht *Nikisch*, ArbR I, S. 306 mit weit. Nachw.

¹²² Vgl. *Canaris* RdA 66, 47; *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 75; *Buchner*, RdA 72, 158; *v. Hippel*, NJW 69, 302; ferner BAG, AP Nr. 55, 69 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

¹²³ Anderer Ansicht *Canaris*, RdA 66, 47 Fn. 69; wohl auch BAG, AP Nr. 62 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.

¹²⁴ Vgl. *Gamillscheg/Hanau*, Haftung aaO, S. 64. Das BAG (AP Nr. 62 zu § 611 „Haftung des Arbeitnehmers“) rechnet dem Arbeitnehmer voll die Folgen einer Mißachtung von Weisungen zu, indem es die Befolgung von Weisungen als „nicht gefahreneigen“ klassifiziert.

2. Die gefahreneigete Tätigkeit selbständig beschäftigter Dienst- und Werkvertragsschuldner

Begründet man das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers mit der Inäquivalenz von Entgelt und Risiko, so erhebt sich sogleich die Frage, ob man nicht auch bei Dienst- und Werkverträgen mit selbständigen Unternehmern zum gleichen Ergebnis kommen kann, wenn im Einzelfall *das Entgelt* in Anbetracht der mit der geschuldeten Tätigkeit verbundenen Gefahr *als unzureichend* erscheint. Es gilt daher, *die Tragweite* der für Arbeitsverhältnisse entwickelten Regeln über die Risikoverteilung in Fällen gefahreneigeter Tätigkeit gegenüber den Grundsätzen zu bestimmen, die normalerweise bei sonstigen Austauschverträgen anzuwenden sind. Diesen Grundsätzen zufolge ist die Höhe des im Einzelfall vereinbarten Entgeltes so lange unerheblich, als das Austauschverhältnis nicht wie im „Reben“-Fall¹²⁵ Züge der Unentgeltlichkeit aufweist.

Die Rechtsprechung¹²⁶ und einige Stimmen in der Literatur¹²⁷ haben sich dezidiert gegen eine Ausdehnung des arbeitsrechtlichen Haftungsprivilegs auf selbständige Dienstnehmer bzw. Unternehmer ausgesprochen. Dem Gläubiger fehle gegenüber selbständigen Schuldner eine gesteigerte Fürsorgepflicht, die ein Spezifikum des abhängigen, auf eine persönliche Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer angelegten Arbeitsverhältnisses darstelle. Ferner müsse man berücksichtigen, daß beim Dienstvertrag und erst recht beim Werkvertrag der Dienstherr bzw. der Besteller nicht die weitgehende Weisungsbefugnis des Arbeitgebers besitze. Schließlich übernehme der Arbeitnehmer – anders als der selbständig Tätige – die gefahreneigete Aufgabe nicht kraft konkreter Vereinbarung; vielmehr werde er mit ihr vom Arbeitgeber kraft des diesem zustehenden Weisungsrechts betraut.

Auf diese Argumentation läßt sich die Beschränkung des Haftungsprivilegs sicherlich nicht stützen. Daß das Haftungsprivileg des Arbeitnehmers nicht auf dem Gemeinschaftsgedanken ruht, wurde bereits betont.¹²⁸ Es kann daher auch nicht benutzt werden, um eine Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und selbständigen Unternehmern zu rechtfertigen. Auch die Unterscheidung zwischen freiem Entschluß, eine gefahreneigete Tätigkeit zu übernehmen, und Weisungsgebundenheit des Arbeitnehmers vermag nicht einzuleuchten, da kaum zu bestreiten ist, daß sich auch der als Kraftfahrer eingestellte Arbeitnehmer kraft freier Vereinbarung besonderen Tätigkeitsrisiken exponiert.¹²⁹ Mehr ins Gewicht fällt demgegenüber das Argument, daß dem Dienstherrn und Besteller vielfach die Weisungsbefugnis und damit die Möglichkeit zur Beherrschung des Risikos fehlen wird. Dieses

¹²⁵ Siehe oben S. 292.

¹²⁶ BGH, NJW 63, 1102f.; OLG Celle, JZ 73, 247f.

¹²⁷ A. Hueck in Anmerkung zu BAG, AP Nr. 28 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“; Isele, NJW 63, 1100ff.

¹²⁸ Siehe oben S. 398.

¹²⁹ Vgl. Zeuner, RdA 75, 86f.

Beherrschungsdefizit des Gläubigers kann jedoch durch den Umstand ausgeglichen werden, daß er dem Schuldner nicht das Äquivalent zur Verfügung gestellt hat, das es dem Schuldner erlaubt, die mit dem Auftrag verbundenen Risiken optimal zu steuern und reibungslos zu absorbieren.

Unter mehr oder minder deutlicher Berufung auf die materielle Inäquivalenz von Risiko und Entgelt wird denn auch in der Literatur zu Recht die Ausdehnung des Haftungsprivilegs befürwortet. Streutig sind allerdings die Grenzen, innerhalb derer dies statthaft ist.

Zum einen wird die Ansicht vertreten, daß die arbeitnehmerähnlichen Personen den Arbeitnehmern gleichgestellt werden müssen, weil sie sozial schutzbedürftig seien¹³⁰ bzw. aufgrund ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit die Gefahrenlage nicht beherrschen könnten.¹³¹ Dabei solle die Haftungsbegünstigung auch dann eingreifen, wenn die im konkreten Fall von arbeitnehmerähnlichen oder fast arbeitnehmerähnlichen Selbständigen vorgenommene Tätigkeit üblicherweise von einem Arbeitnehmer erbracht wird.¹³² Canaris¹³³ stellt darauf ab, ob der Schuldner nur gelegentlich und nebenberuflich für einen anderen tätig wird, da es unter diesen Voraussetzungen beim Schuldner an einer selbständigen Risikokalkulations- und Sicherungsmöglichkeit fehlen wird. Zeuner¹³⁴ zufolge kommt es darauf an, ob derjenige, der sich zu einer Leistung verpflichtet, dem Gläubiger aus einer dem Arbeitnehmer ähnlich unterlegenen Position heraus gegenüberetrete. Ferner sei maßgeblich, ob der Vertrag inhaltlich einen Ausgleich für die Übernahme des Risikos gewähre, der ihn erkennbar von einem entsprechenden Arbeitsvertrag unterscheide. Unabhängig von den Regeln der gefahrengeneigten Arbeit hält Wiedemann einen stillschweigenden Haftungsverzicht des Auftraggebers für möglich, falls das Entgelt unzureichend ist. Ein Indiz dafür sei der Umstand, daß der Vertragspartner keine Versicherung eingehen könne, ohne bei dem Geschäft „draufzahlen“ zu müssen.¹³⁵

Gegen eine unmittelbare Verknüpfung der Risikoverteilung mit der „Angemessenheit“ des Entgelts bestehen jedoch schwerwiegende Bedenken. In einer Marktwirtschaft existiert kein „iustum pretium“, anhand dessen sich zuverlässig eruieren ließe, ob das Entgelt in Anbetracht der Risiken ausreichend bemessen war. Von einem kostendeckenden Preis, den Wiedemann im Auge hat, darf man nämlich nicht ohne weiteres ausgehen, da es die Marktschwankungen auch mit sich bringen können, daß der Preis die Risiken nicht aufwiegt und die notwendigen Rücklagen aus Gewinnen gemacht werden müssen, die in früheren Perioden gezogen wurden.

¹³⁰ Neumann-Duesberg, JZ 64, 437ff; zustimmend Larenz, JuS 65, 376; ähnlich Bekker-Schaffner, NJW 69, 1236f.

¹³¹ Canaris, RdA 66, 48.

¹³² Neumann-Duesberg, JZ 64, 439.

¹³³ Canaris, RdA 66, 48.

¹³⁴ Zeuner, RdA 75, 87.

¹³⁵ Vgl. auch Wiedemann, Arbeitsverhältnis aaO, S. 19; Hübner, Schadenszurechnung aaO, S. 150ff.

Denkbar wäre es freilich, auf den Wettbewerbspreis, d. h. auf den üblichen Marktpreis, Bezug zu nehmen. Solange der Markt aber nicht vermachtet ist, würde man damit dem Schuldner, der eine aggressive Marktpolitik betreibt und seine Konkurrenten unterbietet, die Möglichkeit eröffnen, sich nachträglich auf mangelnde Risikodeckung zu berufen. Eine derartige Konsequenz ist untragbar. Unterbietet der Schuldner seine Konkurrenten, sei es, um seinen Marktanteil zu vergrößern, sei es, um mangels anderweitiger Präferenzen überhaupt ins Geschäft zu kommen, so muß er sich im Hinblick auf die Risikoverteilung wie die anderen Anbieter behandeln lassen; denn der Wettbewerb kann auf dem Markt nur dann seine Funktionen voll entfalten, wenn die Vergleichsbasis für eine Entscheidung unter den verschiedenen Angeboten nicht nachträglich mit dem Argument zerstört wird, der Preis sei unangemessen niedrig. Diese Gefahr wird nicht dadurch beseitigt, daß man sich an den Preisen für Arbeitsleistungen orientiert, da ja ohne weiteres vorstellbar ist, daß selbständig Tätige sich bei einem Überangebot mit den Entgelten zufrieden geben müssen, die den Arbeitnehmern aufgrund des Tarifvertrages gewährleistet werden. Selbst dort, wo Angebot und Nachfrage ausgeglichen sind, ist es denkbar, daß sich ein selbständiger Unternehmer mit einem den Löhnen angenäherten Entgelt einen Kundenstamm erwerben will, zumal dann, wenn dieser Unternehmer glaubt, die Gefahren besonders gut im Griff zu haben. In Fällen aber, in denen der im Wettbewerb konkurrierende, selbständige Schuldner die Risiken unterbewertet und deshalb zu „billig“ angeboten hat, ist es nur gerechtfertigt, daß er die Folgen seiner Fehlkalkulation auf sich nimmt und aus dem Markt ausscheidet.

Diese Auswirkung verfehlter Geschäftspolitik erscheint nicht nur im Interesse seiner Vertragspartner angebracht, die sich auf die normale Risikoverteilung verlassen haben, sondern auch im Interesse seiner Konkurrenten, von denen er Nachfrager abgezogen hat, ohne effizienter leisten zu können. Mit gutem Grund setzt daher gemäß § 22 I GWB eine Preiskontrolle erst dort ein, wo der Markt vermachtet ist. Um ein Haftungsprivileg auszulösen, muß somit der Gedanke der „materiellen Äquivalenz“ typisierend mit einer bestimmten Personengruppe verbunden werden können, die sich im Wettbewerb nicht zu behaupten vermag.

Eine typische Inäquivalenz von Entgelt und Risiko wird aus drei Indizien abgeleitet: die gelegentliche und nebenberufliche Tätigkeit, der Umstand, daß die Tätigkeit normalerweise von Arbeitnehmern erbracht wird und schließlich die wirtschaftliche Abhängigkeit.

Die Tatsache allein, daß für bestimmte Aufgaben normalerweise Arbeitnehmer eingeschaltet werden, kann eine Haftungsmilderung nicht begründen. Im heutigen Wirtschaftsleben gibt es keine Aufgaben, die genuin Arbeitnehmeraufgaben wären und dementsprechend besoldet werden. Vielmehr ist es nur eine Frage der Opportunität, ob bestimmte Bedürfnisse von Arbeitnehmern oder selbständigen Unternehmern erledigt werden. Der selbständige Unternehmer, der als erster seine Vertragspartner dazu bewegt, gewisse Aufgaben aus ihrer betrieblichen Organisation auszugliedern und auf ihn zu übertragen, kann sich nicht deshalb auf das Haftungsprivileg berufen dürfen, weil er als erster selbständig tätig wurde.

Schwerer zu beurteilen sind die Fälle, in denen jemand eine Tätigkeit „gelegentlich und nebenberuflich“ übernimmt und daher zu einer eigenständigen Risikokalkulation und -sicherung nicht in der Lage ist. Vom Gedanken des Sozialschutzes her spricht viel für eine Risikoentlastung. Andererseits darf man aber auch nicht übersehen, daß sich der selbständig Tätige in den Wettbewerb begibt und Gelegenheit hat, die vollen Marktchancen wahrzunehmen. Dazu wird er vielfach nicht imstande sein. Mangelnde Marktkenntnis, Unterbewertung der Risiken, unzureichende Kapitalausstattung, aber auch übertriebenes Unterbieten der ständig mit derartigen Aufgaben betrauten Unternehmen mögen dazu führen, daß die Risiken nicht angemessen gedeckt sind. Wenn aber unzureichende Wettbewerbsfähigkeit einen hauptberuflich tätigen Unternehmer nicht entlastet, so ist nicht recht einzusehen, warum dies bei einem nebenberuflichen Anbieter der Fall sein sollte, der die Tätigkeit gelegentlich ausübt. Wer als selbständig Tätiger auftritt, sollte auch die notwendigen Fähigkeiten und Kapitalreserven bzw. Versicherungen besitzen. Verfügt er über diese Produktionsfaktoren nicht, so muß er die daraus resultierenden Nachteile in Kauf nehmen.¹³⁶ Nur so lassen sich Wettbewerbsverzerrungen zwischen haupt- bzw. „gelegentlich und nebenberuflich“ tätigen Anbietern von Werk- bzw. Dienstleistungen verhüten. Dazu kommt ein zusätzliches Bedenken. Selbst wenn der Nachfrager im Einzelfall weiß, daß der Anbieter nur „nebenberuflich und gelegentlich“ selbständig tätig ist, so vermag er doch in der Regel die mit der Tätigkeit verbundenen Risiken weit schlechter als der Schuldner zu überblicken, der doch meist über eine besondere Berufserfahrung verfügt. Der Bauherr beispielsweise, der die statische Berechnung einem hauptberuflich abhängig beschäftigten Ingenieur überträgt, kann die typischen Risiken einer derartigen Arbeit gar nicht erkennen.¹³⁷ Um sie zu steuern oder auch nur richtig einkalkulieren zu können, müßte er sich eines weiteren Statikers bedienen, der ihm das nötige Fachwissen liefert. Das alles spricht eindeutig dafür, Personen, die nur gelegentlich und nebenberuflich selbständig tätig werden, wie jeden anderen selbständigen Anbieter von Dienst- oder Werkleistungen zu behandeln.

Eine Einschränkung ist nur dort angebracht, wo der Auftraggeber die Unerfahrenheit oder den Leichtsinne des Schuldners ausnützt und ihm nur eine Gegenleistung verspricht, die in auffälligem und daher relativ leicht feststellbarem Mißverhältnis zur Leistung steht.¹³⁸ An sich würde hier die Nichtigkeitsfolge des § 138 II BGB eingreifen.¹³⁹ Damit wäre dem Schuldner jedoch häufig wenig geholfen, da er

¹³⁶ Verfehlt daher die Billigkeitsentscheidung des OLG Celle, JZ 73, 248.

¹³⁷ Vgl. auch den vom OLG Celle (JZ 73, 248) entschiedenen Fall.

¹³⁸ Hierher gehört möglicherweise der „Autoüberführungs“-Fall (BGH, NJW 63, 1100), falls die nach Abzug der Unkosten einschließlich einer Vollkasko-Prämie verbleibende Vergütung offensichtlich anstößig gewesen war.

¹³⁹ Zur Fragwürdigkeit der Nichtigkeitsfolge vgl. BGH, NJW 72, 1459. Die Nichtigkeitsfolge beruht darauf, daß man den Richter nicht verpflichten wollte, den gerechten oder den gerade noch gerechten Preis festzusetzen. Dieses Problem spielt hier aber keine Rolle, so daß eine Abweichung von § 138 II BGB ohne weiteres als möglich erscheint.

weiterhin den deliktischen Ansprüchen ausgesetzt bliebe. In einem derartigen Fall ist daher die Wertung des § 138 II BGB, d. h. die anerkannte, materielle Äquivalenzstörung, für die Risikoverteilung fruchtbar zu machen. Auf dieser Grundlage ist eine Parallele zu der Risikoverteilung bei schadensgeneigter Arbeit zu ziehen. Den Umstand, daß der Auftraggeber regelmäßig kein Weisungsrecht besitzt und auch öfter über keine Fachkenntnisse verfügt, mithin häufig eine abstrakte Beherrschungsmöglichkeit des Auftraggebers nicht existiert, wird man bei der Abwägung der Zurechnungsfaktoren zu berücksichtigen haben.

Eine Ausdehnung des Haftungsprivilegs auf selbständig Tätige *ohne konkrete Prüfung*, ob zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Mißverhältnis besteht und welche Gründe dazu geführt haben, wird zu Recht nur dort bejaht, wo arbeitnehmerähnliche Personen¹⁴⁰ tätig werden. Ihre Schutzbedürftigkeit gegen plötzliche Einbrüche in ihre Existenzgrundlage ist heute anerkannt, wie die §§ 1, 29 HeimArbG, 2 S. 2 BUrlG, 621 Ziffer 5 BGB zeigen, aber auch die §§ 17 HeimArbG, 12a TVG erhellen, die die Möglichkeit zur Bildung von Gegenmacht eröffnen, wo eine punktuelle Beseitigung von Preismißbräuchen in Anlehnung an § 22 GWB nicht weiterführt. Der Abschluß von Tarifverträgen bietet ihnen nämlich ebensowenig wie den Arbeitnehmern Gewähr dafür, daß die mit ihrer Beschäftigung einhergehenden Risiken in angemessenem Verhältnis zu ihrem Entgelt und ihren typischen finanziellen Ressourcen stehen. Es bestehen daher keinerlei Bedenken, diese Personengruppe ebenfalls in den Genuß der Haftungsleichterung kommen zu lassen.

II. Die Risikohaftung des Arbeitgebers bei Schäden an Sachen des Arbeitnehmers

Die Fruchtbarkeit einer Risikozurechnung unter Einbeziehung des materiellen Äquivalenzgedankens beweist auch die Lösung der Frage, ob der Arbeitgeber trotz mangelnden Verschuldens dem Arbeitnehmer Schäden zu ersetzen hat, die dieser an seinen Sachen erleidet.¹⁴¹

Dem Arbeitgeber dürfen ausschließlich tätigkeitsspezifische Risiken zugewiesen werden,¹⁴² die er im eigenen Interesse veranlaßt hat. Schäden, die sich als Folge des allgemeinen Lebensrisikos¹⁴³ einstellen, können nicht auf den Arbeitgeber abgewälzt werden.

¹⁴⁰ Zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Personen vgl. BAG, SAE 74, 69; BAG, AP Nr. 3, 6, 8 zu § 611 BGB „Abhängigkeit“; Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 55 ff; Herschel, SAE 74, 73; Lieb, RdA 74, 263 f.

¹⁴¹ Zu dieser Frage vgl. BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB „Gefährdungshaftung des Arbeitgebers“; Küchenhoff, Festschrift Nottarp, S. 153 ff und RdA 1963, 7 ff; Isele, JuS 62, 184; Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 273 ff; Larenz, JuS 65, 376; Canaris, RdA 66, 47 f; Rother, Haftungsbeschränkung aaO, S. 277 ff; Genius, AcP 173, 498 ff.

¹⁴² Vgl. Canaris, RdA 66, 47; vom dogmatischen Ansatz her einschränkend Genius, AcP 173, 523 ff; im Ergebnis ebenso Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 292 f.

¹⁴³ Vgl. S. 192; ferner Canaris, RdA 66, 48.

Zum anderen hat der Arbeitgeber auch nicht den normalen Verschleiß an Arbeitskleidung und Arbeitsgeräten zu tragen, den der Arbeitnehmer in seiner Planung berücksichtigt hat. Soweit nämlich der Arbeitnehmer den normalen Verschleiß eingeplant hat und die von ihm zur Erbringung der Arbeitsleistung eingesetzten Werte aufgezehrt werden, realisiert sich kein Risiko, das dem Arbeitgeber zugerechnet werden könnte.¹⁴⁴

Der Arbeitnehmer geht jedoch bei Vertragsschluß das Risiko ein, daß er den *Grad der Abnutzung* zu gering einschätzt und infolgedessen im Laufe des Arbeitsverhältnisses höhere Aufwendungen machen muß, als er seiner Planung zugrunde gelegt hatte. Die schnellere Abnutzung stellt für ihn zweifellos einen Verlust dar. Auch von einem Arbeitnehmer kann aber erwartet werden, daß er den nach den verkehrsüblichen Standards zu erwartenden Verschleiß seiner Arbeitsmittel einzukalkulieren vermag. Er muß sich daher etwaige Sorgfaltsfehler bei seiner Kosten/Nutzen-Kalkulation uneingeschränkt entgegenhalten lassen. Dadurch wird seine Absorptionsfähigkeit nicht überspannt, da das Arbeitsentgelt regelmäßig den normalen Wertverzehr an den Arbeitsmitteln decken wird. Für den Schutz des Arbeitnehmers besteht nur dann Anlaß, falls die Bereitstellung von kostspieligen Arbeitsmitteln¹⁴⁵ außergewöhnlich ist und die kalkulatorisch unrichtig erfaßten Kosten aus dem Tariflohn abgedeckt¹⁴⁶ werden müssen.

¹⁴⁴ Der Arbeitnehmer kann auch nicht aus anderen Gründen Ersatz der Aufwendungen verlangen, wenn er verpflichtet war, die zur Erbringung der Arbeitsleistungen notwendigen Investitionen zu machen. Entscheidend ist hierfür nicht der Umstand, daß etwa die vom Arbeitnehmer benutzte Kleidung zu dessen privatem Bereich gehört. (So wohl *Steindorff*, Festschrift Dölle I, S. 277, 281, 285). Das gilt jedenfalls nicht für typische Berufskleidung. Aber auch das Tragen bürgerlicher Kleidung gehört zu den Pflichten, die der Arbeitnehmer zu erfüllen hat. Das zeigt sich besonders deutlich daran, daß es sich beispielsweise ein Verkäufer nicht leisten kann, im Laden völlig zerlumpt seiner Beschäftigung nachzugehen. Die Regeln des Einkommenssteuerrechtes sind insoweit ohne Aussagekraft, da sie vom Prinzip der klaren Trennbarkeit von privatem und beruflichem Bereich getragen werden. Wenig Aussagekraft hat auch insoweit eine Parallele zu den §§ 110, 87 d, 396 II HGB. Bei § 110 HGB geht es um eine Gewinngemeinschaft, für die es selbstverständlich ist, daß die Last der Investitionen gemeinsam getragen und durch das gemeinsame Einkommen abgedeckt wird. Die §§ 87 d, 396 II HGB hingegen stehen mit dem Geschäftsbesorgungscharakter des Handelsvertreter- und Kommissions-Verhältnisses im Zusammenhang.

Bei reinen Austauschverhältnissen ohne Geschäftsbesorgungscharakter, zu denen das Arbeitsverhältnis gehört, wird jedoch zumindest der verkehrsübliche Aufwand durch das Entgelt gedeckt und kann nicht auf den Vertragspartner abgewälzt werden. Der Austausch von Leistungen ist eben immer mit Aufwand unterschiedlichen Ausmaßes verbunden. Gegen die Verwendung des Austauschgedankens kann nicht eingewandt werden, daß dann der Auftragnehmer Ersatz für den normalen Verschleiß von Kleidung verlangen können müßte (vgl. *Steindorff*, aaO, S. 280; *Genius AcP* 173, 502). Dabei wird nämlich übersehen, daß der Auftragnehmer diese Aufwendungen, die in engem Zusammenhang mit seiner Arbeitsleistung stehen, dem Auftraggeber unentgeltlich zuwendet.

¹⁴⁵ Zu denken ist an das Beispiel, daß sich der Arbeitnehmer verpflichtet hat, sein KFZ zu benutzen, dessen Kilometerkosten er zu niedrig angesetzt hat.

¹⁴⁶ Sofern die Parteien tarifgebunden sind oder der Grundsatz der Gleichbehandlung eingreift.

Von diesem Standpunkt aus ist der These des BAG¹⁴⁷ voll zuzustimmen, der Arbeitnehmer müsse bei der Arbeit mit normalen Schäden an seinen Sachen ebenso rechnen wie mit einem natürlichen Verschleiß. Diese Schäden seien durch die Vergütung mit abgegolten.¹⁴⁸ Zum Beispiel wird die Kalkulations- und Absorptionsfähigkeit eines Schweißers, dessen nach dem Arbeitsvertrag von ihm zu stellender Arbeitsanzug erfahrungsgemäß durch Funkenflug Brandlöcher bekommt und regelmäßig innerhalb eines gewissen Zeitraumes unbrauchbar wird, nicht dadurch überfordert, daß er eine neue Montur stellen muß. Das BAG zieht allerdings die Grenze des „normalen Schadens“ zu weit, wenn es den Arbeitnehmer nur von solchen Schäden entlasten will, die bei einer gefährlichen Arbeit entstehen und darüber hinaus auch außergewöhnlich sind. Diese doppelte Einschränkung¹⁴⁹ belastet den Arbeitnehmer mit einem unangemessenen Risiko.

Auf der Stufenleiter der Kalkulierbarkeit folgt dem normalen, d.h. aus der Perspektive bei Vertragsschluß mehr oder minder zwangsläufig und mit größerer Regelmäßigkeit wiederkehrenden Schaden nicht der durchaus außergewöhnliche, im Rahmen gefährlicher Arbeiten sich realisierende Verlust, sondern der ungewöhnliche Schaden, der ab und zu eintreten kann.

Prüft man, ob ein solches Risiko dem Arbeitnehmer nach Beherrschbarkeits- und Absorptionsgrundsätzen aufzuerlegen ist, so ist zunächst einmal festzustellen, daß im Arbeitsverhältnis typischerweise die abstrakten Beherrschungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers so gering sind, daß eine Zurechnung auf dieser Basis ausscheidet. Der Arbeitnehmer ist in weitem Umfang weisungsgebunden. Er besitzt daher nicht die Freiheit zu entscheiden, wie einer Gefahr optimal zu begegnen ist, die nötig wäre, um ihm das Risiko nach dem Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit zuzurechnen.¹⁵⁰ Deshalb werden auch dem Arbeitnehmer etwaige Schlechtleistungen nur bei Verschulden zugerechnet. Andererseits vermag der Arbeitgeber vielfach das Risiko durch entsprechende technische und organisatorische Vorkehrungen zu minimieren.

Schwieriger ist der Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers zu begründen, wenn man die für normale Austauschverträge gültigen Kriterien zugrunde legt. Die mit der Tätigkeit verbundenen vorhersehbaren, weil nicht ungewöhnlichen Gefahren vermögen in aller Regel Arbeitgeber und Arbeitnehmer kraft ihrer Berufserfahrung gleich gut zu überblicken. Da typischerweise der Arbeitnehmer den Wert der ihm gehörenden Sachen und damit das Ausmaß des Risikos besser als der Arbeitgeber

¹⁴⁷ BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB „Gefährdungshaftung des Arbeitgebers“ mit zust. Anm. von Isele.

¹⁴⁸ Der topos „Abdeckung des Risikos durch den Lohn“ läßt sich nicht von vornherein ausklammern, wie die Argumentation von *Genius* (AcP 173, 502, 514) erhellt, der zunächst behauptet, in der Entgeltlichkeit liege „überhaupt kein brauchbares Abgrenzungskriterium“ und dann wiederum darauf abhebt, ob das Entgelt nach dem Willen der Parteien auch Schäden umfasse.

¹⁴⁹ Vgl. Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 275.

¹⁵⁰ Vgl. Steindorff, Festschrift Dölle I, S. 292; Canaris, RdA 66, 48.

kennt, müßte man sogar einen Absorptionsvorsprung des Arbeitnehmers annehmen.¹⁵¹ Auf einen Absorptionsvorsprung des Arbeitnehmers scheint auch das BAG¹⁵² abzustellen, wenn es eine Parallele zum Unterschied zwischen Haftpflicht- und Sachversicherung zieht und betont, nur dort, wo der Arbeitnehmer auf Geldersatz in Anspruch genommen werde, empfinde er dies als schwere materielle und ideelle Belastung, während er im Falle eigener Verluste eher bereit sei, den Schaden auf sich zu nehmen. Diese sich im Rechtspsychologischen bewegend Argumentation¹⁵³ läßt sich wohl auf folgenden rationalen Kern zurückführen. Das Risiko eines planungswidrigen Aufwandes als Konsequenz einer Haftpflicht läßt sich schwerer kalkulieren als die Gefahr des Verlustes einer dem Schuldner gehörenden Sache, weil der Schuldner im ersteren Fall das Ausmaß des potentiellen Schadens nicht kennt und ihm daher nicht so leicht Rechnung zu tragen vermag. Im zweiten Fall kennt er hingegen exakt die Höhe eines möglichen Verlustes.¹⁵⁴ Zum anderen dürfte bei der unterschiedlichen Bewertung von Haftpflicht und Sachschaden des Arbeitnehmers der Umstand eine Rolle spielen, daß im Zweifel Beharrungsinteressen der Vorrang vor Veränderungsinteressen eingeräumt wird. Es schwingt mit anderen Worten der Gedanke des „casum sentit dominus“ mit.

Das Bild, das von einem klaren Absorptionsvorsprung des Arbeitnehmers geprägt zu werden scheint, verändert sich jedoch, sobald man die Entscheidung über die Risikozurechnung an dem Äquivalenzgedanken orientiert. Dann ist es in der Tat nicht einzusehen, warum der Arbeitgeber z. B. zwar den Schaden tragen soll, wenn der Arbeitnehmer das Auto des Arbeitgebers oder den Wagen eines Dritten schuldhaft beschädigt, nicht aber, falls der Arbeitnehmer kraft Arbeitsvertrages oder auf eine Einzelweisung des Arbeitgebers hin seinen eigenen Wagen benutzt und daran einen Schaden erleidet.¹⁵⁵ In beiden Fallgruppen besitzt der Arbeitnehmer nach den für sonstige Austauschverträge gültigen Kriterien an sich einen Absorptionsvorsprung. Wenn man nun aber der Meinung ist, daß der Arbeitnehmer bei der gefahreneigenen Arbeit mangels wirtschaftlicher Macht¹⁵⁶ den theoretischen Absorptionsvorsprung nicht durch Bildung ausreichender Rücklagen wirksam werden lassen kann, so muß dies grundsätzlich auch für den Bereich von Sachschäden gelten.¹⁵⁷

¹⁵¹ Siehe oben S. 386 f.

¹⁵² BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB „Gefährdungshaftung des Arbeitgebers“.

¹⁵³ Kritisch auch *Canaris*, RdA 66, 48.

¹⁵⁴ Fehl geht hingegen der auf der Ebene des Deliktsrechts angesiedelte Vergleich zwischen der Möglichkeit, einen Sachschaden und einen allgemeinen Vermögensschaden ersetzt zu verlangen (so *Rother*, Haftungsbeschränkung aaO, S. 278; *Canaris*, RdA 66, 48), da es hier um die Risikoverteilung im Rahmen von Austauschverträgen geht.

¹⁵⁵ Vgl. *Canaris*, RdA 66, 48; ferner *Steindorff*, Festschrift Dölle I, S. 275; *Genius*, AcP 173, 503; *Rother*, Haftungsbeschränkung aaO, S. 278.

¹⁵⁶ Vgl. auch *Steindorff*, Festschrift Dölle I, S. 286, der die Parallele zu § 87 d HGB mit dem Argument verneint, der Arbeitnehmer sei kein Unternehmer.

¹⁵⁷ Besonders deutlich tritt dies dort in Erscheinung, wo der Arbeitnehmer nur ausnahmsweise sein eigenes KFZ benutzt.

Man hat daher davon auszugehen, daß der Arbeitgeber typischerweise einen echten¹⁵⁸ Absorptionsvorsprung¹⁵⁹ besitzt.

Bei ungewöhnlichen Schäden^{159 a} sind auf der Seite des Arbeitgebers die Veranlassung des Risikos, seine Beherrschungsmöglichkeiten und der Absorptionsvorsprung in die Waagschale zu legen. Aus dieser Kumulation der Risikozurechnungselemente zu Lasten des Arbeitgebers folgt, daß der Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen hat.

War die den Schaden auslösende Störung *unvorhersehbar*, so kann das Risiko dem Arbeitgeber nicht auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsprinzips zugerechnet werden. Auch die Absorptionsmöglichkeiten beider Parteien sind einander sehr ähnlich, da sowohl für den Arbeitgeber als auch für den Arbeitnehmer derartige Schadensereignisse unkalkulierbar sind. Dem Umstand, daß der Arbeitgeber den größeren finanziellen Rückhalt besitzt,¹⁶⁰ kommt deshalb nur relativ wenig Bedeutung zu. Den Ausschlag für eine Zuordnung des Risikos an den Arbeitgeber gibt mithin letztlich der Veranlassungsgedanke, d.h. die Tatsache, daß sich der Schaden¹⁶¹ als Konsequenz einer Tätigkeit einstellt, die auf Wunsch und im Interesse des Arbeitgebers aufgenommen worden ist.

Trifft freilich den Arbeitnehmer ein *Verschulden*, so muß er in analoger Anwendung des § 254 BGB einen Teil des Schadens selbst tragen.^{161 a} Bei dieser Quotisierung sind die für die gefahrengeneigte Arbeit entwickelten Grundsätze anzuwenden.¹⁶² Hiernach hat der Arbeitnehmer dort, wo er bei einer gänzlich ungefährlichen Arbeit einen Schaden erlitten hat, das Risiko jedenfalls dann zu tragen, wenn der Schaden seinen Lohn nicht weit übersteigt.

¹⁵⁸ Der Umstand, daß der Arbeitgeber ein zur Sphäre des Arbeitnehmers gehörendes Interesse zu ersetzen hat, steht dem nicht entgegen.

¹⁵⁹ Eine Ausnahme gilt etwa dort, wo der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer, der regelmäßig sein KFZ benutzt, Kilometergelder zahlt, die die Abnutzung und Kaskoversicherungsprämien voll decken.

^{159 a} *Zöllner*, Arbeitsrecht, S. 152 knüpft hier an die Gefährlichkeit der Tätigkeit an, ohne typische Schäden auszuklammern.

¹⁶⁰ Vgl. S. 403 ff.

¹⁶¹ Folgeschäden hat der Arbeitnehmer selbst zu tragen, da derartige Schäden bei Austauschverträgen im Bereich der nachträglichen Störungen nur im Falle eines Sorgfaltsverstößes zugerechnet werden. Siehe dazu 4. Kap. S. 236 ff.

^{161 a} Vgl. *Canaris*, RdA 66, 48; a.A. BAG, AP Nr. 2 zu § 611 BGB „Gefährdungshaftung des Arbeitgebers“, das die Tragweite der Risikozurechnungsgründe verkennt.

¹⁶² BAG, JZ 60, 581.

III. Die Verteilung des sogenannten Betriebsrisikos unter Ausschluß der Arbeitskampfproblematik

1. Die Verteilung des Risikos nach allgemeinen Grundsätzen

Das Risiko, daß der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft nicht nutzbringend einsetzen kann, weil der Betrieb ohne ein Verschulden des Arbeitgebers stillgelegt werden muß, hat schon nach den für Dienstverträge allgemein gültigen Grundsätzen¹⁶³ üblicherweise der Arbeitgeber zu tragen.

Kann die Arbeitsleistung nicht planungsgerecht erbracht werden, weil die Betriebsmittel fehlen, die der Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen hat, so muß in der Regel der Arbeitgeber als „Veranlasser“¹⁶⁴ die Gefahr auf sich nehmen, daß er die ihm angebotene Arbeitskraft¹⁶⁵ nicht sinnvoll einzusetzen vermag. Da derartige Betriebsrisiken normalerweise vom Arbeitnehmer weder besser beherrscht noch absorbiert werden können, kommt es auch gar nicht darauf an, ob der Arbeitgeber die Gefahr überhaupt zu beherrschen oder vorherzusehen vermochte. Der Arbeitgeber hat mithin den Lohn auch dann – in beschränktem Umfang – fortzuzahlen, wenn die Betriebsstörung auf einem evident unabwendbaren, hoheitlichen Akt oder auf einem Eingriff höherer Gewalt beruht.¹⁶⁶ Um zu dieser Risikoverteilung zu gelangen, braucht man demnach nicht mit dem BAG, das dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko anlastet, weil er den Betrieb organisiere, leite, die Verantwortung trage und die Erträge beziehe,¹⁶⁷ in Konstellationen, in denen die Betriebsstilllegung auch bei jeder nur erdenklichen Vorsorge unvermeidbar gewesen wäre, auf die These auszuweichen, der Arbeitgeber habe sich mit seinem Betrieb „in eine besondere Risikosphäre“¹⁶⁸ begeben. Die Unbeherrschbarkeit des Risikos ist dort, wo das Veranlassungsprinzip eingreift, ebenso unerheblich wie die Tatsache, daß der Betrieb für die konkrete Störung nicht „anfällig“ ist, ja daß sie gänzlich unvorhersehbar gewesen ist.¹⁶⁹

¹⁶³ Siehe oben S. 297ff.

¹⁶⁴ Zu Unrecht ablehnend *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 87, der verkennt, daß die „Veranlassung“ auf einer rechtsgeschäftlichen Entscheidung beruht.

¹⁶⁵ Damit wird keine Parallele zur „Eingliederungs“-Theorie (*Nikisch*, ArbR I, S. 7ff, 325, 599) gezogen, da nicht behauptet wird, das Veranlassungsprinzip knüpfe daran an, daß sich der Arbeitnehmer primär lediglich verpflichte, sich in den Betrieb des Arbeitgebers einzuordnen, und hierfür den Lohn erhält. Das Veranlassungsprinzip gilt nämlich für jede Tätigkeit in fremdem Interesse, unabhängig davon, in wessen Herrschaftsbereich sie geleistet wird.

¹⁶⁶ Zu undifferenziert diejenigen Problemlösungen, die auch bei kurz anhaltenden Betriebsstörungen allein den Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken zugrunde legen. So RAG, ARS 3, 122; 5, 36; 5, 38f; BAG, AP Nr. 15, 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; *Soergel-Wlotzke/Volze*, BGB, § 615 Anm. 30. *Jorns*, Betriebsrisiko aaO, S. 138f weicht den Konsequenzen, die er auf der Grundlage des Beherrschbarkeitsgedankens ziehen müßte, unter Berufung auf die Vertragstreue aus.

¹⁶⁷ Vgl. BAG, AP Nr. 2, 5, 15 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

¹⁶⁸ BAG, AP Nr. 15 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

¹⁶⁹ Im Bereich der „Veranlassung“ ist demnach im Ergebnis *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 89 zu folgen. Ebenso im Ergebnis *Söllner*, AcP 167, 141ff; *Lieb*, Arbeitsrecht, S. 62; wohl auch *Richardi*, ZfA 1974, 14.

Das Veranlassungsprinzip allein erlaubt indessen keine unbeschränkte Risikobelastung des Arbeitgebers.

Die Lohnfortzahlungspflicht *kraft Veranlassung* entfällt dort, wo das Ereignis, das den Betrieb des Arbeitgebers lahmlegt, unvorhersehbar und homogen ist.¹⁷⁰ Dabei ist an die unvorhersehbaren Störungen gedacht, die ganze Landstriche oder Branchen heimsuchen. Die Homogenität des Betriebsrisikos hängt nicht davon ab, ob die Störung die gesamte Branche trifft,¹⁷¹ in der der Arbeitgeber tätig ist, da viele Arbeitnehmer nach ihrer beruflichen Vorbildung in mehreren Branchen tätig werden können. Die Schranke des Veranlassungsprinzips greift deshalb erst dort ein, wo die Störung eine solche Ausdehnung annimmt, daß mit Sicherheit gesagt werden kann, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers wäre auch dann nutzlos brachgelegen, wenn er in die Dienste irgendeines anderen Arbeitgebers getreten wäre.¹⁷²

Schwierigkeiten bereitet allerdings die Abgrenzung des Kreises der potentiellen Arbeitgeber. Man wird zuerst all die Arbeitgeber aus dem Kreis der potentiellen Nachfrager auszuschalten haben, die die vom Arbeitnehmer angebotenen spezifischen Fähigkeiten nicht benötigen und daher auch nicht nachfragen. Die Tatsache, daß der Arbeitnehmer möglicherweise berufsfremde und geringer bezahlte Arbeit aufgenommen hätte, wenn er nicht in die Dienste seines Arbeitgebers getreten wäre, muß aus Praktikabilitätsgründen unberücksichtigt bleiben. In räumlicher Hinsicht wird man aus denselben Gründen auf die im Berufszweig des Arbeitnehmers übliche Mobilität abzustellen haben. Keinen Einfluß auf die Entscheidung hat hingegen die Arbeitsmarktlage, da nie ausgeschlossen werden kann, daß der Arbeitnehmer vor Realisierung des Betriebsrisikos die Chance besessen hatte, bei einem Arbeitgeber eingestellt zu werden, bei dem sich später das störende Ereignis nicht bemerkbar machte.

Zum anderen endet die Zurechnung kraft Veranlassung in dem Moment, in dem der *Arbeitnehmer* nach Eintritt der Störung aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden könnte. Da der Arbeitnehmer wegen der in seinem Interesse verlängerten Kündigungsfristen gemäß §§ 622 II BGB, 2 AngKSchG, 18 KSchG, 12 SchwbG bzw. der Kündigungsverbote nach § 9 MuSchG, 12 ff SchwbG bei Betriebsstörungen seine *volle Dispositionsfreiheit* eher zurückerlangt, als sich der Arbeitgeber durch eine ordentliche Kündigung vom Vertrag zu lösen vermag, fällt die Lohnfortzahlungspflicht kraft Veranlassung schon *vor* Ablauf der für den Arbeitgeber geltenden ordentlichen Kündigungsfrist fort.¹⁷³ Der Umstand allein, daß der Arbeitnehmer sich nach Eintritt der Störung nicht aus dem Arbeitsvertrag zu befreien versucht, weil er – gegebenenfalls zu Recht – der Meinung ist, daß auf dem Arbeitsmarkt

¹⁷⁰ Siehe oben S. 297.

¹⁷¹ So aber *Erman-Küchenhoff*, BGB, § 615 Anm. 15; wohl auch LAG Hamburg, RdA 48, 145 „eine Reihe von Betrieben gleichmäßig“; zu Recht kritisch *Jorns*, Betriebsrisiko aaO, S. 57.

¹⁷² Zu überlegen wäre hier nur, ob der Arbeitgeber analog § 616 BGB den Lohn fortzuzahlen hat.

¹⁷³ Eine ähnliche Differenzierung klingt bei *König*, RdA 48, 58 an.

keine aktuelle Nachfrage besteht und daß er deshalb seine Arbeitskraft nicht anderweitig verwerten kann, ist im Rahmen des Veranlassungsgedankens irrelevant. Das Arbeitsmarktrisiko ist vom Arbeitgeber nicht verursacht worden; veranlaßt hat er die Fehlleitung von Leistungskapazität nur insoweit, als er den Arbeitnehmer vertraglich *fest an sich gebunden* und ihn *dadurch* abgehalten hat, seine Fähigkeiten rechtzeitig anderswo¹⁷⁴ nutzbringend einzusetzen.¹⁷⁵

2. Der Einfluß des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens

Kann dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko nicht kraft Veranlassung zugerechnet werden, so folgt daraus noch nicht zwangsläufig, daß dann mangels Arbeitsleistung eine Fortzahlung der Bezüge unterbleiben dürfte. Hier greift nämlich der spezifisch arbeitsrechtliche Schutzgedanke¹⁷⁶ ein, der die typische wirtschaftliche und soziale Schwäche der Arbeitnehmer ausgleicht. Er führt dazu, daß dem Arbeitgeber bei sämtlichen *vorhersehbaren* Störungen das *volle* Betriebsrisiko auferlegt wird, daß er

¹⁷⁴ Das heißt natürlich nicht, daß der Arbeitnehmer nicht in dem Zeitraum zwischen Eintritt der Störung und dem Zeitpunkt, in dem er sich frühestens von dem Vertrag lösen könnte, böswillig auf eine anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft verzichten könnte. Es geht hier um die Fälle, in denen der Arbeitnehmer nach Eintritt der Störung keine andere, gleichwertige Beschäftigung findet, andererseits aber nicht gesagt werden kann, daß seine Arbeitskraft nicht brach gelegen wäre, wenn er sie nicht weiter an den Arbeitgeber gebunden hätte, indem er den letzten Kündigungstermin vor Eintritt der Störung verstreichen ließ.

¹⁷⁵ Schwierigkeiten bereiten die Fälle, in denen eine Anstellung „auf Lebenszeit“ erfolgt ist, die beide Teile bindet. (Vgl. BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“). Hier wird man von Fall zu Fall prüfen müssen, warum die Verlängerung der Kündigungsfrist erfolgte. Bezweckte sie nur einen sozialen Schutz des Arbeitnehmers, galt etwa die verlängerte Kündigungsfrist wegen § 67 I HGB a.F. auch für den Arbeitnehmer, so wird man den Veranlassungsgedanken nicht auf die gesamte vereinbarte Vertragsdauer erstrecken können. Man wird dann zu ermitteln haben, wie groß das Interesse des Arbeitgebers war, den Arbeitnehmer langfristig an sich zu binden. Im Zweifel wird man dabei von den gesetzlichen Kündigungsfristen ausgehen können. Damit wird der vertraglich vereinbarte Sozialschutz nicht ausgehöhlt. Für ihn gelten dann nur die auf ihn zugeschnittenen Risikoverteilungsgrundsätze (vgl. dazu S. 391). Hat der Arbeitgeber sich durch einen Lebenszeitvertrag die Dienste eines für ihn besonders wichtigen Arbeitnehmers gesichert, so muß er alle „Verwendungsrisiken“ ebenso tragen, wie wenn er in einem langfristigen Dauerschuldverhältnis einen Lieferanten an sich gebunden hat. Da der Anspruch auf Arbeitsleistung nicht abtretbar und auch sonst infungibel ist, wird man allerdings den Rechtsgedanken des § 649 BGB anzuwenden haben. Daraus folgt, daß der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer auf jeden Fall die finanziellen Folgen der Zweckstörung abzunehmen hat. Die Rechtsprechung (ARS 16, 77; 19, 239; 20, 209; 22, 17; LAG Düsseldorf, BB 55, 867) und die Literatur (*Hueck-Nipperdey*, ArbR I, S. 584; *Nikisch*, ArbR I, S. 600, 609; *Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann*, BGB, § 626 Anm. 35 mit weit. Nachw.) haben bislang diese Wertungen bei der Frage, ob der Arbeitgeber die Auswirkungen einer Zweckstörung durch fristlose Kündigung von sich abwenden darf, vielfach zu wenig berücksichtigt. Vgl. aber BAG, AP Nr. 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

¹⁷⁶ So auch *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 88 ff.; *Lieb*, ArbR, S. 60; *Esser*, SchR I, 4. Aufl., S. 220; *Beuthien*, Zweckerreichung aaO, S. 88; *Kalb*, Betriebsrisikolehre, aaO, S. 99 ff.; wenn sie es auch zu Unrecht verabsolutieren. Vgl. auch *Fabricius*, Leistungsstörungen aaO, S. 83.

die Lohnzahlung also – von den Fällen der Existenzgefährdung abgesehen – erst dann verweigern darf, wenn er das Arbeitsverhältnis nach den *für ihn* geltenden *Fristen* aufgelöst hat. Realisiert sich ein unvorhersehbares Risiko, so darf der Arbeitgeber freilich nicht mit einem derart großen Risiko belastet werden. Es ist dahin abzuschwächen, daß man ihm bei *unvorhersehbaren, heterogenen* Störungen die Befugnis zugesteht, das Arbeitsverhältnis mit den Fristen zu suspendieren, die das Gesetz für die Kündigung des Arbeitnehmers vorsieht. Bei *unvorhersehbaren, homogenen* Störungen ist schließlich dem Arbeitgeber zu erlauben, das Arbeitsverhältnis sofort zu suspendieren.

Die zwingenden Vorschriften über die Kündigungsfristen, die für ältere Arbeitnehmer verlängert sind, sowie die Kündigungsverbote für Schwerbehinderte und Frauen vor und nach der Entbindung sollen nämlich die Arbeitnehmer vor Schwankungen der Nachfrageverhältnisse bewahren. Sie garantieren ihnen zumindest für einen gewissen Zeitraum einen gleichbleibenden Lebensstandard, da sie selbst aufgrund ihrer besonderen Marktposition regelmäßig nicht in der Lage sind, ausreichende Rücklagen zu bilden. Darüber hinaus verschaffen sie ihnen die Chance, nahtlos in ein anderes Arbeitsverhältnis überzuwechseln. Der Arbeitgeber hat – mit anderen Worten – als Gegenleistung für die ihm erbrachte Arbeitsleistung nicht nur den versprochenen Lohn zu bezahlen, sondern auch allgemeine Lebensrisiken auf sich zu nehmen, die die Existenzgrundlage des Arbeitnehmers bedrohen. Die wirtschaftliche Basis der Arbeitnehmer wird nicht nur gefährdet, falls der Arbeitgeber aufgrund von Absatzschwierigkeiten die Arbeitnehmer nicht mehr gewinnbringend einzusetzen vermag und daher daran interessiert ist, das Arbeitsverhältnis so bald wie möglich zu kündigen, sondern auch dann, wenn die Beschäftigung wegen Stilllegung des Betriebes objektiv unmöglich ist. In beiden Fällen geht es um Schwankungen des Bedarfs an Arbeitsleistung, die für den Arbeitnehmer das Risiko eines plötzlichen Einbruchs in seinen Lebensstandard mit sich bringen. Es besteht daher keinerlei Grund, die mit Hilfe verlängerter Kündigungsfristen statuierte Pflicht zur Daseinsvorsorge auf die Fälle des Wirtschaftsrisikos zu beschränken,¹⁷⁷ nur weil dort keine objektive Unmöglichkeit der Arbeitsleistung vorliegt. Das Betriebsrisiko ist somit grundsätzlich *auch jenseits* der vom Arbeitgeber veranlaßten Fehlleitung von Leistungskapazität dem Arbeitgeber zuzuweisen.

Die Berücksichtigung des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens erlaubt eine einleuchtende Differenzierung der Verteilung des Risikos von Primärzweckstörungen zwischen Dienstverträgen mit selbständigen Unternehmern einerseits und Arbeits-

¹⁷⁷ Der Arbeitgeber hat anerkanntermaßen das Wirtschaftsrisiko zu tragen. Nach h. M. fällt es ihm uneingeschränkt zur Last (BAG, AP Nr. 2, 29 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 348 f; Nikisch, ArbR I, S. 608 f; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 615 Anm. 70, jeweils mit weit. Nachw.). Allerdings wird dem Arbeitgeber bei außergewöhnlichen Umständen ein Recht zur fristlosen Kündigung gegeben. Das ist jedenfalls dort abzulehnen, wo der Veranlassungsgedanke zum Zug kommt. Von dem hier vertretenen Ansatz ist das Wirtschaftsrisiko, das eine Sekundärzweckstörung darstellt, wie das Betriebsrisiko zu behandeln.

verträgen¹⁷⁸ andererseits. Während bei Dienstverträgen die „Veranlassung“ eine Voraussetzung für eine Zurechnung an den Nachfrager darstellt, kann sie bei Arbeitsverträgen fehlen. Zugleich wird mit dem arbeitsrechtlichen Schutzgedanken eine Wertung eingeführt, die besser als die Vorstellung von einer Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern, die die Rechtsprechung¹⁷⁹ des RG und RAG beherrschte, einzuleuchten vermag. Die Idee einer Betriebs- und Arbeitsgemeinschaft negiert nämlich nicht nur den zwischen den Vertragspartnern angelegten Interessenkonflikt, sondern auch die Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten des Arbeitgebers, dem im Betrieb die alleinige, risiko-kontrollierende Entscheidungsbefugnis zusteht,¹⁸⁰ und der als Ausfluß seiner unternehmerischen Tätigkeit¹⁸¹ über ausreichende finanzielle Ressourcen verfügt.¹⁸²

Der arbeitsrechtliche Schutzgedanke zwingt auch keineswegs zu dem Schluß, daß der Arbeitgeber die Daseinsvorsorge unabhängig davon zu gewährleisten habe, ob die Störung vorhersehbar war oder nicht, ob sie den Charakter höherer Gewalt trug oder nach den Maßstäben abstrakter Beherrschbarkeit steuerbar war.¹⁸³ Vielmehr kommen auch hier die allgemeinen Risikoverteilungsgrundsätze zum Zuge.

Da dem Arbeitgeber die Sicherung des Lebensunterhaltes *nicht* in seiner Rolle *als Nachfrager von Arbeitsleistungen, sondern als Teil seiner Vergütungspflicht, also in der Funktion des Schuldners der Gegenleistung obliegt*,¹⁸⁴ scheidet das Veranlassungsprinzip als Zurechnungselement aus. Tritt nun eine Situation ein, in der dem Arbeitgeber aus seiner Pflicht zur Sicherung des Lebensstandards höhere Lasten erwachsen, als er eingeplant hatte, so realisiert sich für ihn ein typisches *Aufwandserhöhungsrisiko*.¹⁸⁵ Dieses Aufwandserhöhungsrisiko kann dem Arbeitgeber wie auch jedem Verkäufer oder sonstigem Schuldner grundsätzlich nur dann zugerechnet werden, wenn es von ihm effizienter beherrscht oder leichter absorbiert werden konnte. Daraus folgt, daß der Arbeitgeber bei länger dauernden Betriebsstörungen

¹⁷⁸ Vgl. Wiedemann, Arbeitsverhältnis, aaO, S. 85 ff. Die Notwendigkeit einer spezifisch arbeitsrechtlichen Lösung wird heute nahezu uneingeschränkt anerkannt. Vgl. Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 350; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 615 Anm. 65 mit weit. Nachw.

¹⁷⁹ RGZ 106, 275; RAG, ARS 3, 120 ff; 5, 36 f; vgl. auch BAG, AP Nr. 1 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; weit. Nachw. bei Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 615 Anm. 65.

¹⁸⁰ Sie wird durch die Mitbestimmung nicht in Frage gestellt. Vgl. Biedenkopf, Betriebsrisikolehre aaO, S. 16; Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 352 Fn. 119.

¹⁸¹ Vgl. Titze, JW 22, 548.

¹⁸² Vgl. Biedenkopf, Betriebsrisikolehre aaO, S. 14 ff.

¹⁸³ So aber Wiedemann, Arbeitsverhältnis aaO, S. 89; Esser, SchR I, 4. Aufl., S. 220; Esser-Schmidt, SchR I 1, S. 260 f; Beuthien, Zweckerreichung aaO, S. 88; Lieb, ArbR, S. 60; Kalb, Betriebsrisikolehre, aaO, S. 102.

¹⁸⁴ Siehe oben S. 209 ff.

¹⁸⁵ Das gilt selbstverständlich auch dort, wo der Arbeitgeber den besonderen „Wert“ eines Arbeitnehmers in Form erhöhter sozialer Sicherheit durch verlängerte Kündigungsfristen entgilt. Vgl. Jorns, Betriebsrisiko aaO, S. 97.

von dem Betriebsrisiko zu entlasten ist, das in der neutralen Sphäre seinen Ursprung hat und unvorhersehbar ist.¹⁸⁶

Dieses Resultat, das Wertungswidersprüche zu dem für sonstige Austauschverträge geltenden Risikoverteilungssystem vermeidet, deckt sich weitgehend mit der neueren Rechtsprechung zum Betriebsrisiko. Auch sie mißt der Beherrschbarkeit und Kalkulierbarkeit des Risikos zentrale Bedeutung zu, ohne diese Wertung freilich dogmatisch absichern zu können.¹⁸⁷ Schon das RAG¹⁸⁸ hatte den Lohnanspruch entfallen lassen, wenn der Betrieb durch höhere Gewalt, die gänzlich unvorhersehbar war, lahmgelegt wurde.¹⁸⁹ Dem Arbeitgeber dürfe nur die Bürde solcher Risiken zugemutet werden, die öfter vorkommen und von ihm in Rechnung gestellt werden können.¹⁹⁰ Auf einer ähnlichen Linie bewegt sich auch die Praxis des BAG. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1963¹⁹¹ betonte es, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen habe, weil ihm in Fragen der Betriebsführung die wirtschaftliche Initiative und das Entscheidungsrecht zustehe. Er müsse daher die Gefahr auf sich nehmen, daß die Arbeitsleistung infolge von Faktoren unmöglich werde, die in seinem Einflußbereich liegen. Dazu zählt es nicht nur ein Versagen der sachlichen oder persönlichen Mittel des Betriebes, sondern auch Störungen, die „von außen“ auf das Unternehmen einwirken. Diese Begründung spiegelt den abstrakten Beherrschbarkeitsgedanken wider. Im konkreten Fall war allerdings der Betrieb eines Tanzlokals durch einen Akt hoheitlicher Gewalt unterbrochen worden. Das BAG mußte daher zugestehen, daß die Gefahrenquelle nicht im eigentlichen Einflußbereich des Arbeitgebers lag, daß sie vielmehr evident unbeherrschbar war. Es postulierte deshalb, daß zu den mit der Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Zusammenhang stehenden und „die Führung des Betriebes betreffenden Ereignissen“ solche Störungen gehören, die zwar nicht öfter, aber doch gelegentlich vorzukommen pflegen und vom Arbeitgeber in Rechnung gestellt werden können und müssen. Insoweit beuge sich der Arbeitgeber mit seinem Betrieb in eine „besondere

¹⁸⁶ Auf diese Weise lassen sich auch Wettbewerbsverfälschungen vermeiden, mit denen zu rechnen wäre, falls man auf die Existenzgefährdung und damit letztlich auf die Vermögensverhältnisse des Arbeitgebers abstellen würde. Eine wettbewerbskonforme Lösung läßt sich nur erzielen, wenn man bei Einwirkungen höherer Gewalt gravierende Belastungen auf breiter Grundlage, d. h. über die Arbeitslosenversicherung, streut.

¹⁸⁷ Insoweit zu Recht kritisch *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 85 ff, der freilich den „Beherrschbarkeitsgedanken“ auf die Kongruenz von „Herrschaft und Haftung“ verengt.

¹⁸⁸ RAG, ARS 5, 38.

¹⁸⁹ In der Literatur wird vielfach an die „Unvorhersehbarkeit“ und „Betriebsfremdheit“ der Störung – allerdings ohne danach zu differenzieren, ob eine Zweckstörung oder primär eine Leistungerschwerung vorliegt – eine Risikoentlastung des Arbeitgebers geknüpft. Vgl. *Wiedemann*, Arbeitsverhältnis aaO, S. 92, der freilich zusätzlich eine Bestandsgefährdung verlangt. Das Recht zur fristlosen Kündigung geben hier *Hueck-Nipperdey*, ArbR I, S. 584; *Nikisch*, ArbR I, S. 600, 609; *Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann*, BGB, § 626 Anm. 35 mit weit. Nachw.

¹⁹⁰ Vgl. ferner RAG 3, 122.

¹⁹¹ BAG, AP Nr. 15 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“.

Risikosphäre“. Die Kalkulierbarkeit eines derartigen Risikos und die Tatsache, daß der Arbeitgeber solche nicht gänzlich unvorhersehbaren Ereignisse in seine Kostenrechnung aufzunehmen und ihnen durch Rückstellungen entgegenzuwirken imstande sei, verbiete es, mit Rücksicht auf die in dem Abschluß eines Arbeitsvertrages liegende Existenzsicherung des Arbeitnehmers auch nur einen Teil des Risikos auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Das Risiko wird somit dem Arbeitgeber zugerechnet, weil er es im Sinne des Absorptionsprinzips kraft seiner Berufserfahrung, aber auch aufgrund seiner typisch größeren Ressourcen aufzufangen vermochte. Die Risikozurechnung endet deshalb, wie in dem Urteil unzweideutig zum Ausdruck kommt, dort, wo die Betriebsstörung durch entsprechende Vorsorge nicht abgewehrt und mangels Vorhersehbarkeit auch nicht mehr einkalkuliert werden kann.

Diese Entscheidung wurde bestätigt durch das Urteil vom 28. 9. 1972,¹⁹² das dem Arbeitgeber den Brand des Betriebsgebäudes zurechnete, weil er ihn „bei einem besonders hohen Grade der Voraussicht voraussehen und deren Folgen ... zudem abwenden konnte“. Das Risiko einer Vernichtung der Betriebsstätte sei für den Arbeitgeber auch in seinen wirtschaftlichen Auswirkungen kalkulierbar gewesen. Das beweise schon die Existenz einer Versicherungsmöglichkeit, die die Folgen einer Betriebsunterbrechung auffange. Das BAG stützt die Risikozurechnung also auch hier auf den Absorptionsvorsprung des Arbeitgebers, neben den es auch noch dessen abstrakten Beherrschbarkeitsvorsprung hätte stellen können.¹⁹³

Dieser Rechtsprechung ist im Prinzip voll zuzustimmen. Sie beruht auf rational faßbaren Wertungen und schlägt die Brücke zur Risikoverteilung bei normalen Austauschverträgen. Damit werden nicht nur Wertungswidersprüche vermieden, sondern es wird auch der Weg zur Übernahme von in anderen Bereichen erarbeiteten Kriterien, die das abstrakte Beherrschbarkeits- und Absorptionsprinzip konkretisieren, eröffnet. Zu monieren ist an ihr nur, daß sie das *gesamte* Betriebsrisiko nach den für Leistungerschwerungen geltenden Maximen verteilt, obwohl dies *nur dort* angebracht ist, wo dem Arbeitgeber jenseits der für eine Kündigung durch den Arbeitnehmer geltenden Fristen¹⁹⁴ der Umstand *nicht* zur Last fällt, daß er den Arbeitnehmer an sich gebunden hat und daher auch uneingeschränkt dafür eintreten muß, daß die Arbeitskraft des Arbeitnehmers brachliegt.

Die hier entwickelte *zweistufige Lösung* des Betriebsrisikoproblems erlaubt nicht nur dogmatisch folgerichtige, sondern auch sachlich einleuchtende Ergebnisse. Jede Einheitslösung müßte nämlich entweder das Betriebsrisiko ohne Rücksicht auf die Natur des die Stillegung auslösenden Ereignisses dem Arbeitgeber anlasten oder aber die Risikozurechnung *immer* unter den Vorbehalt der Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit stellen. Die zweite Zurechnungsvariante würde die Tatsache ignorieren, daß der Arbeitgeber, der die Vorteile aus einer Minderung der Fluktuation

¹⁹² BAG, AP Nr. 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; vgl. auch BAG, NJW 76, 990.

¹⁹³ Aus der Literatur vgl. ferner *Jorns*, Betriebsrisiko aaO, S. 109ff, 138, der den Beherrschbarkeits- und Absorptionsgedanken aber nicht konsequent genug auswertet.

¹⁹⁴ Siehe oben S. 391.

zieht, auch deren Nachteile auf sich nehmen muß, selbst wenn sie im Einzelfall unvorhersehbar gewesen sein sollten. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur dann angebracht, wenn die Störung außergewöhnlich und homogen ist. Die erste Variante würde hingegen dem Arbeitnehmer den Lebensstandard auch gewährleisten, falls eine unvorhersehbare Betriebsstörung länger andauert und die für die Kündigungen durch den Arbeitnehmer geltenden Fristen übersteigt. Das wäre zwar gerade für ältere Arbeitnehmer, die den Arbeitsplatz nicht mehr so leicht wechseln können, für Frauen vor und nach der Entbindung sowie für Schwerbehinderte von großer Bedeutung. Dadurch würde man aber dem Arbeitgeber außerordentlich hohe Lasten aufbürden, die, wenn auch nicht seine Existenz, so doch seine Wettbewerbsposition gefährden könnten. Es ist daher im Bereich des arbeitsrechtlichen Schutzgedankens angebracht, den Arbeitgeber nur für solche Risiken voll eintreten zu lassen, die sich *nicht* in der Form höherer Gewalt, d.h. unvorhersehbarer, „von außen“ kommenden Störungen, realisieren. Bei den äußerst seltenen, unvorhersehbaren Störungen kann dem Arbeitnehmer hingegen zugemutet werden, nach Ablauf der für die eigene Kündigungserklärung vorgeschriebenen Fristen bzw. bei homogenen Störungen sofort nach der Mitteilung des Arbeitgebers über die Suspendierung des Arbeitsverhältnisses auf die Arbeitslosenversicherung auszuweichen, die das Risiko auf einer breiteren Basis zu streuen vermag.

Vielfach wird die Ansicht vertreten, man habe die Regel, daß der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen habe, zu durchbrechen, sobald durch diese Form der Risikoverteilung die Existenz des Betriebes¹⁹⁵ oder jedenfalls des Unternehmens¹⁹⁶ in Frage gestellt werde. Die innere Rechtfertigung dieser von den bisher entwickelten Grundsätzen abweichenden Risikozuordnung wird im Gemeinschaftsgedanken,¹⁹⁷ im Schutz des Arbeitsplatzes¹⁹⁸ und in der Solidarität der Arbeitnehmer¹⁹⁹ erblickt bzw. auf die These von der Opfergrenze²⁰⁰ gestützt.

Die Einwände gegen die Theorie von der Opfergrenze brauchen hier nicht nochmals wiederholt zu werden.²⁰¹ Insbesondere reicht die Gefährdung der Existenz des Unternehmens nicht aus, um den Arbeitgeber von seiner Pflicht zur Lohnfortzahlung ganz oder zeitweise zu befreien; denn man hat nicht nur zu berücksichtigen, daß gerade Arbeitnehmer typischerweise stark auf die Fortzahlung des Lohnes

¹⁹⁵ RAG, ARS 3, 122; BAG, AP Nr. 15 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; Hueck-Nipperdey, ArbR I, S. 354; Soergel-Wlotzke/Volze, BGB, § 615 Anm. 34; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 615 Anm. 17; zweifelnd Nikisch, ArbR I, S. 600.

¹⁹⁶ BAG, AP Nr. 28 zu § 615 BGB „Betriebsrisiko“; einschränkend Wiedemann, Arbeitsverhältnis aaO, S. 90ff; Jorns, Betriebsrisiko aaO, S. 146, führt als weitere Voraussetzung die „Unvorhersehbarkeit der Störung ein“.

¹⁹⁷ RAG, ARS 3, 120ff; Wiedemann, Arbeitsverhältnis aaO, S. 146; Soergel-Wlotzke/Volze, BGB, § 615 Anm. 34; Staudinger-Nipperdey-Mohnen-Neumann, BGB, § 615 Anm. 67; vgl. auch BAG, AP Nr. 5 zu § 611 BGB „Gratifikation“.

¹⁹⁸ Galperin, RdA 49, 12.

¹⁹⁹ Vgl. Gamillscheg, Festschrift Fechner, S. 141 ff.

²⁰⁰ Jorns, Betriebsrisiko aaO, S. 144 ff.

²⁰¹ Siehe oben S. 49ff.

angewiesen sind,²⁰² sondern daß auch die Verfälschung der Startchancen im Wettbewerb²⁰³ als Folge eines Risikoentlastungsgrundes „Existenzgefährdung“ droht. Aber auch der Gemeinschaftsgedanke vermag die Verkürzung des Lohnanspruches nicht zu tragen. Macht man mit ihm wirklich ernst,²⁰⁴ so müßte man – wie Gamillscheg²⁰⁵ hervorhebt – vom „treuen“ Arbeitnehmer erwarten, daß er gerade auch im Konkurs des Arbeitgebers auf seine Ansprüche verzichtet, um dadurch die Konkursquote für die übrigen Gläubiger zu erhöhen und so das Ausmaß der Nachforderungen zu senken, denen sich der Arbeitgeber nach Konkursabwicklung gegenübersehen würde. Die Risikoentlastung des Arbeitgebers könnte mithin allenfalls auf das Interesse der Arbeitnehmer an der Sicherung der Arbeitsplätze gestützt werden, dem sich aus Gründen der Solidarität auch derjenige Arbeitnehmer zu beugen hat, der auf „seinen“ Arbeitsplatz keinen Wert mehr legt, weil er aus dem Betrieb ausgeschieden ist.²⁰⁶

Gegen diese Begründung mag man auf den ersten Blick einwenden, es sei seltsam, daß gerade die typisch wirtschaftlich schwächste Schicht der Lieferanten von Waren- und Dienstleistungen, die mit dem Arbeitgeber in vertraglicher Verbindung stehen, den Konkurs des Arbeitgebers durch eine zwangsweise Einschränkung ihrer Ansprüche abwenden soll. Dies sei um so zweifelhafter, als ein Konkurs nicht notwendig zum Verlust des Arbeitsplatzes führen müsse. Sei der Betrieb an sich lebensfähig, d.h. bestehe für die von ihm produzierten Güter eine ausreichende Nachfrage, so werde der Konkursverwalter den Betrieb weiterveräußern und dadurch die Arbeitsplätze erhalten können.²⁰⁷ Die Folgen einer Mißwirtschaft des Arbeitgebers, der keine ausreichenden Rücklagen gebildet habe, hätten dann in erster Linie die übrigen Gläubiger zu tragen.²⁰⁸ Dabei wird jedoch übersehen, daß auch ein lebensfähiges Unternehmen im Konkurs leicht zerschlagen werden kann, sei es, weil der Konkurs mangels Masse abgelehnt werden muß,²⁰⁹ sei es, weil andere finanzkräftige Unternehmer den Betrieb nicht übernehmen wollen, da sie damit rechnen, den eigenen Marktanteil vergrößern zu können. Dadurch gehen zwar in der Regel keine Arbeitsplätze verloren, da die früheren Konkurrenten ihre Produk-

²⁰² Vgl. Wiedemann, Arbeitsverhältnis aaO, S. 91; Kalb, Betriebsrisikolehre, aaO, S. 100f; ferner Biedenkopf, Betriebsrisikolehre aaO, S. 17, daß der Arbeitnehmer wie jeder andere Lieferant von Produktionsfaktoren das Entgelt „verdient“ hat.

²⁰³ Siehe oben S. 90f.

²⁰⁴ Zur Kritik des Gemeinschaftsgedankens siehe oben S. 398f.

²⁰⁵ Gamillscheg, Festschrift Fechner, S. 142; vgl. ferner Richardi, in: Treue- und Fürsorgepflicht aaO, S. 68; kritisch auch Lieb, ArbR, S. 60 mit weit. Nachw.

²⁰⁶ Vgl. Gamillscheg, Festschrift Fechner, S. 142f; wohl auch BAG, AP Nr. 51 zu § 611 BGB „Gratifikation“; vgl. auch Reuter, ZfA 75, 87, der von Kollektivinteresse spricht. Vgl. ferner Otto, Personale Freiheit, aaO, S. 136.

²⁰⁷ Vgl. v. Stebut, DB 75, 2438ff mit weit. Nachw.

²⁰⁸ Dadurch würde man auch der Gefahr entgegen, letztlich auf Kosten der Arbeitnehmer Marginalunternehmen zu subventionieren, die langfristig ohnehin zum Ausscheiden aus dem Markt gezwungen sind. Vgl. Krasnitzky, Die Lehre vom Betriebsrisiko, S. 131ff.

²⁰⁹ Vgl. v. Stebut, DB 75, 2438, 2441.

tion ausdehnen müssen, um den Nachfrager zu befriedigen. Für den einzelnen Arbeitnehmer hätte dies jedoch vielfach zur Folge, daß er seinen bisherigen Lebensraum aufgeben müßte, was ihm angesichts seiner beschränkten Mobilität nicht ohne weiteres zumutbar ist.

Von daher gesehen existiert auf Seiten der Arbeitnehmer in der Tat ein besonders starkes Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze, das sich klar von dem Interesse sonstiger Lieferanten an der Abwendung des Konkurses abhebt. Gleichwohl darf denjenigen Arbeitnehmern, die auf ihre Arbeitsplätze keinen Wert mehr legen, nicht ohne weiteres kraft des Solidaritätsgedankens ein – zeitweiliger – Verzicht auf ihre Ansprüche zugemutet werden, wenn nur dadurch der Bestand des Unternehmens gesichert werden kann. Man wird vielmehr fordern müssen, daß die Mehrheit der Arbeitnehmer an der Erhaltung der Arbeitsplätze interessiert ist. Nur wenn diese Bedingung erfüllt ist, kann von dem Arbeitnehmer, der aus dem Betrieb ausscheidet, erwartet werden, daß er aus Gründen der „Solidarität“ eine – zeitweise – Kürzung seiner Ansprüche hinnimmt, die er sich infolge der Fehlleitung seiner Arbeitskraft sowie als Entgelt für früher geleistete Dienste erworben hat.²¹⁰

3. Rechtsfolgen

Ist die Betriebsstörung für den Arbeitgeber *vorhersehbar* gewesen, so darf er sich von der Pflicht, den Lohn fortzuzahlen, nur mit Hilfe einer normalen Kündigung befreien. In Fällen, in denen die geschuldete Arbeit infolge Einwirkens *unvorhersehbarer*, höherer Gewalt nicht mehr geleistet werden kann, die Störung aber *nicht alle* potentiellen Nachfrager nach der vom Arbeitnehmer angebotenen Arbeitskraft erfaßt, steht dem Arbeitgeber die Möglichkeit einer Suspendierung des Arbeitsverhältnisses mit den Fristen offen, die für die Kündigung des Arbeitnehmers gelten. Die Vorschriften über Massenentlassung und Betriebsstillegung finden keine Anwendung.

Wird der Betrieb durch eine unvorhersehbare, unabwendbare und zugleich *homogene* Störung stillgelegt, so entfällt der Anspruch der Arbeitnehmer auf Lohn nicht in dem Moment, in dem dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko nicht mehr zugerechnet werden kann. Es ist nämlich zu berücksichtigen, daß die Arbeitnehmer im Einzelfall nicht genauso gut wie der Arbeitgeber beurteilen können, ob die Störung unvorhersehbar gewesen war und wie stark ihre Auswirkungen sind. Es entsteht daher das Bedürfnis, sie in ihrem Vertrauen, Lohn zu erhalten, jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt zu schützen, in dem ihnen der Arbeitgeber mitteilt, daß er die Lohnzahlung vor-

²¹⁰ Kritisch zum Gedanken der Zwangssolidarität freilich *Biedenkopf*, Betriebsrisikolehre aaO, S. 18f; *Zöllner*, Arbeitsrecht, S. 145. Im übrigen darf natürlich nicht verkannt werden, daß hier der Solidaritätsgedanke, der eigentlich der Bildung von Gegenmacht zur Verbesserung der wirtschaftlichen Verhältnisse zuzuordnen ist, dazu benutzt wird, eine Verlustgemeinschaft zu begründen. De lege ferenda ist daher zu erwägen, ob dieses Problem versicherungsrechtlich in Anlehnung an die Vorschriften zum Konkursausfallgeld (§§ 141 eff AFG) oder durch eine sozialpolitisch motivierte Form des Zwangsvergleichs geregelt werden sollte.

übergehend einstellt. Gleiches gilt dort, wo eine Existenzgefährdung des Arbeitgebers zu beachten ist. Auch hier sind die Arbeitnehmer außerstande, die Existenzgefährdung mit hinreichender Sicherheit zu erkennen. In allen Fällen der Suspendierung der Arbeitsverhältnisse entsteht für die Arbeitnehmer das Recht zur fristlosen Kündigung.

§ 4 Zusammenfassung

Im Rahmen von Arbeitsverhältnissen wird das Gewicht der Elemente „Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit“ durch den spezifisch arbeitsrechtlichen Schutzgedanken zurückgedrängt. Das führt dazu, daß der Arbeitnehmer nicht voll für die schuldhafte Verursachung von Schäden einzustehen hat, weil das Entgelt des Arbeitnehmers typischerweise zu gering ist, um damit die erforderlichen Rücklagen für Risiken zu bilden, denen er im Rahmen seiner Tätigkeit ausgesetzt ist.

Die Entlastung der Arbeitnehmer unter Einschluß leitender Angestellter und die Belastung des Arbeitgebers als Veranlasser greift grundsätzlich bei sämtlichen spezifischen Arbeitsrisiken ein. Um den Präventionseffekt der verschuldensabhängigen Haftung nicht gänzlich zu eliminieren, hat man den Umfang der Entlastung von der Intensität des Verschuldens, der Häufigkeit und Typizität des Sorgfaltsverstosses, den Steuerungsmöglichkeiten des Arbeitgebers, von der Relation zwischen Schadensausmaß und Entgelt sowie von den Versicherungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber finanziert, abhängig zu machen. Gleiches gilt für arbeitnehmerähnliche Personen.

Eigenschäden der Arbeitnehmer sind voll ersatzfähig, falls sie zumindest ungewöhnlich sind. Bei Verschulden des Arbeitnehmers werden die Schäden teilweise erstattet.

Das Betriebsrisiko hat der Arbeitgeber bei vorhersehbaren Störungen voll zu tragen, weil er es besser zu kalkulieren und zu steuern in der Lage ist. Bei unvorhersehbar „von außen“ kommenden Störungen ist der Arbeitgeber jedoch – teilweise – von der Betriebsgefahr zu befreien. Werden ganze Branchen, in denen der betroffene Arbeitnehmer tätig werden könnte, lahmgelegt, so darf der Arbeitgeber dieses „homogene“ Risiko von sich abwälzen. In anderen Konstellationen unvorhersehbarer Störungen endet die dem Arbeitgeber zugewiesene Betriebsgefahr grundsätzlich in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag kündigen könnte.

Eine Gefährdung der Existenz des Unternehmers durch die Last des Betriebsrisikos kann freilich darüber hinaus aus Gründen der Solidarität die Konsequenz haben, daß der Arbeitnehmer eine Suspendierung seiner Lohnzahlung hinnehmen muß, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer an der Erhaltung der Arbeitsplätze interessiert ist.

Ergebnisse

I.

Die ursprüngliche Konzeption des BGB zur Verteilung von Risiken planungswidrigen Aufwandes und Zweckstörungsrisiken bei Austauschverhältnissen wird durch den Unmöglichkeitsbegriff geprägt. Auf ihn gründet sich die unterschiedliche Behandlung der beiden Formen der Risiken planungswidrigen Aufwandes, der ganz allgemein dadurch gekennzeichnet ist, daß der Schuldner im Rahmen der Vertragsabwicklung die Gefahr läuft, mit höheren Aufwendungen für die Erfüllung des Versprechens, als er zu tätigen beabsichtigt hatte, oder mit an seine Stelle tretenden Schadensersatzpflichten konfrontiert zu werden. Danach darf sich der Schuldner, solange die Leistung „in natura“ noch möglich ist, nicht darauf berufen, er müsse zur Erfüllung seines Versprechens Investitionen tätigen, die er nicht eingeplant habe und die den vorhergesehenen Aufwand weit übersteigen. Erst wenn die Leistung „in natura“ unmöglich wird, entfällt der Zwang, das Interesse des Gläubigers mit höherem als dem eingeplanten Aufwand zu befriedigen, es sei denn, daß der Schuldner die Unmöglichkeit vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hatte (§§ 275, 276, 279 BGB). Ist die Leistung „in natura“ ohne sein Verschulden unmöglich geworden (Primärzweckstörung), so wird dem Schuldner freilich normalerweise die Deckung für den Aufwand, den er bis zu diesem Zeitpunkt zur Vorbereitung der Leistung getrieben hatte, sowie für die Bereitstellung seiner Leistungskapazität entzogen (§ 323 I BGB). Der Schuldner trägt demnach – von den in den §§ 324, 446 f, 552, 645 BGB geregelten Ausnahmen abgesehen – das Primärzweckstörungsrisiko im Sinne des Aufwandsrisikos (Preisgefahr). Sobald die Leistung erbracht ist, schlägt das Risiko zuungunsten des Gläubigers um. Nun hat der Gläubiger die Gefahr auf sich zu nehmen, daß er mit der Leistung nicht den Nutzen zu erzielen vermag, den er erwartet hatte (Sekundärzweckstörung), und gleichwohl die versprochene Gegenleistung zu erbringen hat.

II.

Diese Form der Risikoverteilung hat den Vorzug, daß sie mit wenigen, relativ scharf konturierten Begriffen wie versprochene „Leistung“, „Verschulden“ und „Unmöglichkeit“ auskommt. Die Anwendung dieses Risikoverteilungssystems ist, wenn man den Unmöglichkeitsbegriff streng im Sinne naturwissenschaftlicher Unmöglichkeit bzw. der persönlichen Leistungsfähigkeit faßt, verhältnismäßig einfach und ihre Ergebnisse sind gut vorausberechenbar. Sie werden allerdings mit einer Vernachlässigung der materiellen Vertragsgerechtigkeit erkaufte. So muß der Schuldner sein Versprechen auch dann erfüllen, wenn ein unvorhersehbares Ereignis Kostensteigerungen nach sich zieht, die nicht nur den Gewinn aufzehren, sondern ihm

auch ungeheure Verluste bescheren, so daß unter Umständen die Existenz seines Betriebes gefährdet ist. Er muß es auch hinnehmen, daß sein Aufwand unvergütet bleibt, obwohl er aus der Sicht der von ihm zu treffenden Leistungsvorkehrungen voll leistungsfähig ist, weil es dem Gläubiger infolge eines aus seiner Sphäre stammenden oder sich dort zuerst auswirkenden Umstandes unmöglich ist, das zur Erbringung der Leistung erforderliche Objekt bereitzustellen oder mit dem Schuldner in einem für die Leistungserbringung tauglichen Zustand in Verbindung zu treten. Man denke nur an das Beispiel, daß ein Reisender die von ihm gebuchte Reise nicht antreten kann, weil er kein Einreisevisum erhält. Andererseits hat der Gläubiger der ursprünglichen Risikoverteilungskonzeption des BGB zufolge die vereinbarte Vergütung selbst dann zu entrichten, falls das Entgelt auf einen bestimmten Verwendungszweck hin zugeschnitten worden ist, der später nicht erreicht werden kann, so daß die Leistung für ihn sowie die meisten der potentiellen Nachfrager völlig wertlos ist.

III.

1. Man ist sich heute einig, daß die rigide, um den Unmöglichkeits- und Leistungsbegriff kreisende Risiko- und Leistungsordnung aufgelockert und durch ein differenziertes Risikoverteilungssystem ersetzt werden muß. Streit herrscht freilich über Art und Ausmaß der notwendigen Korrekturen. So hat man sie zunächst mit der „Gemeinsamkeit“¹ und „Erkennbarkeit“² der in die Leistungs- und Verwendungsplanung eingegangenen Vorstellungen der Parteien verknüpft. Man erkannte jedoch, daß dies zu einer zu weitgehenden Risikoentlastung des Schuldners bei Leistungserwerbs- und Primärzweckstörungsrisiken sowie des Gläubigers bei Sekundärzweckstörungsrisiken führen mußte. Es wurden daher stärker normative Kriterien der materiellen Vertragsgerechtigkeit im Gewand des *venire contra factum proprium*³, des „vernünftigen Sinns des Versprechens“⁴, der Auslegung⁵ und der schweren Äquivalenzstörung,⁶ die immer dann vorliegt, wenn ein Vertragspartner infolge eines unvorhersehbaren Ereignisses die Gegenleistung nicht mehr annähernd als Gegenwert betrachten könne, herangezogen. Vor allem die Rechtsprechung hob immer stärker darauf ab, ob die Risikobelastung einer Partei im konkreten Einzelfall unzumutbar sei sowie schlechthin Gerechtigkeit und Billigkeit widerspreche, – Begriffe, die sie in einer umfassenden Interessenabwägung konkretisierte.⁷ Neben diese unmittelbar auf das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung bezogenen Korrekturen treten primär risikoorientierte Lösungsansätze. Hier ist einmal die

¹ Siehe S. 25 ff.

² Siehe S. 22 ff.

³ Siehe S. 30 f.

⁴ Siehe S. 32 f.

⁵ Siehe S. 34 ff.

⁶ Siehe S. 39 ff.

⁷ Siehe S. 44 ff.

Theorie von der Opfergrenze⁸ zu nennen. Andere Stimmen in der Literatur gehen von der vertraglichen Risikoordnung aus und wollen hieraus Gesichtspunkte für eine sachgerechte Risikoordnung gewinnen.⁹ Verschiedentlich wird vorgeschlagen, bei Leistungerschwerungen die verschuldensunabhängige Risikozuweisung durch eine verschuldensabhängige Risikozurechnung zu ersetzen.¹⁰ Dort, wo eine verschuldensunabhängige Risikozurechnung befürwortet wird, stellt man darauf ab, aus welcher Sphäre die Störungsursache stammt,¹¹ in wessen Organisationsbereich sie sich zunächst bemerkbar macht¹² und in wessen Interesse das mit der Leistung verbundene Risiko eingegangen wurde.¹³

2. Alle diese Lösungsansätze vermögen nicht voll zu überzeugen. Wenn der historische Gesetzgeber mit einem in erster Linie am Unmöglichkeitensbegriff orientierten Risikoverteilungssystem die Rechts- und Verkehrssicherheit zu stark favorisiert hatte, so verfällt man in das entgegengesetzte Extrem, falls man die Risikoordnung an vagen Formeln des *venire contra factum proprium*, des „vernünftigen Sinns“ des Versprechens, der schweren Äquivalenzstörung ausrichtet oder sie *ex post* im Wege einer umfassenden, dem Einzelfall verpflichteten Interessenabwägung ermittelt, ohne vorher den Kreis der in Betracht kommenden *topoi* nach übergeordneten Wertmaßstäben zu beschränken.¹⁴ Der gleiche Vorwurf ist der „Opfergrenzen“-Theorie sowie der Lösung mit Hilfe der vertraglichen Risikoordnung zu machen; denn auch sie münden letztlich in Zumutbarkeitserwägungen.¹⁵ Die notwendige Rechtssicherheit bleibt freilich bei einem Ansatz an der „im Verkehr erforderlichen Sorgfalt“ gewahrt. Verloren geht jedoch der vom BGB – Gesetzgeber gewählte wettbewerbsintensivierende Druck einer verschuldensunabhängigen Zurechnung.¹⁶ Sachgerecht erscheinen deshalb nur Methoden einer verschuldensunabhängigen Zurechnung. Das Problem dieses Lösungsansatzes liegt allerdings in der Auswahl der Zurechnungskriterien, deren materieller Gehalt bestimmt werden muß, um ihre Tragweite und ihr Zusammenspiel festzulegen. Dies ist bei den bislang ins Spiel gebrachten Kriterien, „in wessen Sphäre der Ursprung“ der Störung liegt, „in wessen Organisationsbereich sich die Störung ausgewirkt“ hat und „in wessen Interesse“ ein bestimmtes Risiko eingegangen wurde, noch nicht gelungen.

IV.

Das in dieser Untersuchung entwickelte Risikoverteilungssystem, das stärker dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit Rechnung tragen soll, verwendet nur verhältnismä-

⁸ Siehe S. 49 f.

⁹ Siehe S. 51 f.

¹⁰ Siehe S. 54 ff.

¹¹ Siehe S. 66 ff.

¹² Siehe S. 62 ff.

¹³ Siehe S. 70 ff.

¹⁴ Siehe S. 44 ff.

¹⁵ Siehe S. 52.

¹⁶ Siehe S. 58 f.

ßig wenig Elemente. In seinem Mittelpunkt stehen die Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit, der Absorption sowie der arbeitsteiligen Veranlassung von Risiken. Neben sie treten *topoi* wie die Kongruenz von Nutzen und Risiko, die Priorität der Beharrungs- vor den Veränderungsinteressen, die Praktikabilität und die Vertragstreue, die die Symmetrie der Risikobelastung sicherstellen und einer zu weitgehenden Risikoentlastung des Gläubigers bei Sekundärzweckstörungen vorbeugen sollen.

1. Das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit,¹⁷ das einen anerkannten Gerechtigkeitswert darstellt, ist im Lichte des rechtlich institutionalisierten Wettbewerbsgedankens zu sehen, dessen Aufgabe es ist, wirtschaftliche Macht zu binden und zugleich tendenziell dafür zu sorgen, daß die knappen wirtschaftlichen Ressourcen optimal eingesetzt werden. Die auf seiner Grundlage errichteten Normen des dispositiven Rechts sollen also dazu verhelfen, daß Schäden nach Möglichkeit vermieden werden.

Die Prävention von Schäden mit Hilfe von Risikoverteilungsnormen wird in der Rechtsordnung im allgemeinen mit zwei unterschiedlichen Methoden verfolgt: der konkreten und der abstrakten Beherrschbarkeit. Bei dem Gedanken der konkreten Beherrschbarkeit, der dem Fahrlässigkeitsbegriff zugrunde liegt, wird der Kreis der steuerbaren und daher zurechenbaren Risiken anhand heteronomer Maßstäbe gezogen. Sie basieren auf einer fremdbestimmten Abwägung zwischen dem Nutzen der Gefahrenabwehr sowie dem dazu erforderlichen Aufwand. Sie werden in aller Regel die Verkehrsüblichkeit des zur Prävention eingesetzten Aufwandes widerspiegeln. Das Prinzip der abstrakten Beherrschbarkeit ist hingegen als selbststeuerndes System ausgeformt. Dem Zurechnungsadressaten werden unabhängig von der konkreten Beherrschbarkeit in einem weiten Rahmen alle Gefahren samt ihren wirtschaftlichen Folgen zugerechnet. Es ist nun Aufgabe des Zurechnungsadressaten, Gefahren in dem Maße auszuschalten, in dem die für die Gefahrenabwehr benötigten Kosten niedriger als die mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Nachteile sind. Eine simple Rentabilitätsanalyse entscheidet demnach darüber, ob und welche Anstrengungen zur Risikosteuerung unternommen werden und welche Schäden hingenommen und über den Preis finanziert werden. Letzten Endes entscheidet somit der Markt über Art und Ausmaß der Gefahrenabwehr; denn der Zurechnungsadressat wird sich nicht nur angesichts der Gewinnchancen, sondern auch angesichts des Wettbewerbsdruckes veranlaßt sehen, Gefahren mit den geringstmöglichen Kosten zu bannen und neue technische sowie betriebswirtschaftliche Schutzvorkehrungen zu entwickeln. Auf diese Weise wird die Wahrscheinlichkeit erhöht, daß Risiken mit einem gesamtwirtschaftlich optimalen Aufwand ausgeschaltet werden.¹⁸

Als Zurechnungsadressat wird derjenige der Vertragspartner ausgewählt, der am besten die Rentabilität von Abwehrmaßnahmen zu beurteilen imstande ist und sie

¹⁷ Siehe S. 78 ff.

¹⁸ Siehe S. 80 f.

gegebenenfalls mit dem geringsten Aufwand zu realisieren vermag. Die Auswahl hat im Einklang mit dem Ziel der Rechtssicherheit anhand generell-typisierender Kriterien zu erfolgen, wobei vor allem das Merkmal der „Sphäre“ eine wesentliche Rolle spielt, in der die Störungsquelle liegt oder in der sie sich zuerst auszuwirken droht.

Die Zurechnung kraft abstrakter Beherrschbarkeit endet dort, wo eine Störung offensichtlich nicht abzuwenden ist, weil sie beispielsweise hoheitlicher Gewalt entspringt oder weil sie unvorhersehbar ist; denn bei unvorhersehbaren Störungen können weder die Rentabilität von Abwehrmaßnahmen ermittelt noch die im Falle ihrer Unrentabilität erforderlichen Rücklagen für die Deckung der Störungsfolgen gebildet werden.¹⁹

2. Das Absorptionsprinzip²⁰ knüpft an die Fähigkeit der Parteien an, die Auswirkungen von Störungen reibungslos aufzufangen und so größere Erschütterungen des Wirtschaftsablaufes zu vermeiden. Aus seiner Verknüpfung mit der Wettbewerbsidee folgt, daß es nicht schlechthin Existenzgefährdungen zu vermeiden helfen soll. Soweit nicht bei bestimmten Typen von Austauschverträgen der Einfluß von sozialpolitischen Wertungen anerkannt ist, bleibt auch die Finanzkraft und die Größe des Vermögens, das die Vertragsparteien besitzen, irrelevant.²¹

Auf der Basis des Absorptionsprinzips ist das Risiko in erster Linie derjenigen Partei aufzuerlegen, die über die besten organisatorischen Mittel zur Risikostreuung verfügt.²² Dabei ist dafür zu sorgen, daß Risiken nicht allzu stark externalisiert werden. Soweit die Parteien darauf angewiesen sind, die Risiken durch ausreichende Rücklagen selbst abzudecken, ist derjenige der Vertragspartner auszuwählen, der nach generell-typischen Kriterien die Wahrscheinlichkeit der Gefahr und das Ausmaß des potentiellen Schadens am besten zu bewerten imstande ist.²³

Die Zurechnung kraft besserer Absorptionsmöglichkeiten endet wie bei der abstrakten Beherrschbarkeit dort, wo das Risiko unvorhersehbar ist.²⁴

3. In den Fällen, in denen das Risiko nicht anhand des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit bzw. der Absorption zugeordnet werden kann, weil das Risiko unvorhersehbar ist oder beide Parteien über gleichwertige Beherrschbarkeits- und Absorptionsmöglichkeiten verfügen, greift gleichsam als Auffangtatbestand der Gedanke der „arbeitsteiligen Veranlassung“²⁵ ein. Er basiert auf der arbeitsteiligen Einschaltung des Schuldners zur Deckung des Bedarfes des Gläubigers. Hätte nämlich der Gläubiger sein Bedürfnis selbst zu befriedigen versucht, so hätte er sich ebenfalls mit dem Risiko konfrontiert gesehen, daß er höhere Investitionen tätigen muß, als er eingeplant hatte, oder daß der von ihm getriebene Aufwand letztlich

¹⁹ Siehe S. 88.

²⁰ Siehe S. 89 ff.

²¹ Siehe S. 90 f.

²² Siehe S. 91 f.

²³ Siehe S. 92.

²⁴ Siehe S. 95.

²⁵ Siehe S. 95.

nutzlos bleibt. Läßt der Gläubiger Dritte in seinem Interesse tätig werden, so hat er auch – sofern nicht andere Risikozuordnungselemente eingreifen – die damit verbundenen Risiken auf sich zu nehmen.

V.

Die Prinzipien der abstrakten Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteiligen Veranlassung stellen in dem für Austauschverträge des BGB und seiner Nebengesetze geltenden Risikoverteilungssystem keinen Fremdkörper dar. Die Analyse einer Reihe von Tatbeständen, die unabhängig von den §§ 275, 279, 323 BGB verschuldensunabhängig Risiken zuordnen, zeigt den Einfluß dieser Zurechnungsprinzipien. Bei dieser Analyse werden auch die generell-typisierenden Kriterien sichtbar, die das Gesetz bei der Konkretisierung des Gedankens der Beherrschbarkeit, Absorption und arbeitsteiligen Veranlassung verwandt hat. Zugleich liefert sie Anhaltspunkte zur Beurteilung des Gewichts, das diesen Zurechnungselementen zukommt.

1. So erhellt eine Gegenüberstellung der §§ 306, 437 BGB, daß der Schuldner das Risiko eines anfänglichen Rechtsmangels deshalb in voller Höhe, d.h. mit der Folge, das Interesse des Gläubigers in Geld ersetzen zu müssen, zu tragen hat, weil er das Risiko allein im abstrakten Sinne zu beherrschen vermag, während in den von § 306 BGB erfaßten Fällen sich auch der Gläubiger zu vergewissern imstande ist, ob die Leistung möglich sein wird, mögen auch selbständige Erkundigungen in der Regel unrentabel sein.²⁶ Die Unrentabilität bestimmter Schutzvorkehrungen steht jedoch nicht im Widerspruch zum Gedanken der abstrakten Beherrschbarkeit, der normativ aufwandsunabhängig ausgeformt ist. Die beiderseitige Beherrschbarkeit des Risikos entlastet demnach den Schuldner von der Gefahr, sein Versprechen gegebenenfalls mit dem Surrogat „Geld“ erfüllen zu müssen. Diesen Stellenwert der beiderseitigen abstrakten Beherrschbarkeit beweist ein Blick auf die §§ 436, 439 I, 459 I BGB sowie auf die Restriktion des § 437 I BGB, die diese Vorschrift gerade in den Fällen des Patentkaufes erfahren hat, in denen das Recht mit ex tunc Wirkung vernichtet worden ist, weil die ihm zugrunde liegende Erfindungsidee technisch undurchführbar ist, bereits veröffentlicht bzw. vorbenutzt worden war oder der mit ihr verbundene technische Fortschritt zu gering ist.²⁷

2. Die verschuldensunabhängige Belastung mit dem Risiko einer auf das positive Interesse gerichteten Schadensersatzpflicht ist anders als bei gegenwarts- oder vergangenheitsbezogenen Risiken bei Gefahren eingeschränkt, die auf in der Zukunft liegenden Störungsfaktoren beruhen. Damit trägt das Gesetz zum einen dem Umstand Rechnung, daß Störungsfaktoren leichter in der Gegenwart oder Vergangenheit zu „erkennen“ als für die Zukunft zu prognostizieren sind. Zum anderen

²⁶ Siehe S. 100 ff.

²⁷ Siehe S. 112 ff.

werden die für den Schuldner mit der Kalkulation von potentiellen Nichterfüllungsschäden verbundenen Probleme berücksichtigt, die daraus resultieren, daß wesentliche Daten für die Höhe der drohenden Schadensersatzpflicht nicht dem Organisationsbereich des Schuldners oder der neutralen Sphäre, sondern der Sphäre des Gläubigers angehören. Um den Schuldner davor zu bewahren, daß er infolge einer Unterbewertung des Schadensausmaßes versäumt, rentable Schutzvorkehrungen einzuleiten oder risikogerechte Vergütung zu fordern, ist als Zurechnungsmaßstab der zukunftsbezogenen Schadensersatzpflichten grundsätzlich die „verkehrserforderliche Sorgfalt“ statuiert.²⁸

3. Im Transport- und Gaststättenrecht finden sich allerdings in der Tradition des römischen Rechtes noch verschuldensunabhängige Schadensersatzpflichten, die vom Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit getragen werden. Diese Vorschriften sind für die Zurechnung von Aufwandserhöhungsrisiken unter zweierlei Aspekten aussagekräftig:²⁹ Der Gedanke abstrakter Beherrschbarkeit erlaubt nur die Zurechnung von Störungen, die keine höhere Gewalt darstellen, die also entweder aus der Sphäre des Schuldners stammen oder zum Kreis der vorhersehbaren Gefahren zu zählen sind; das Ausmaß der potentiellen Schadensersatzpflicht ist nach oben fixiert und dadurch kalkulierbar.

4. Der Einfluß des Gedankens abstrakter Beherrschbarkeit und der Absorbierbarkeit läßt sich ferner bei der Zuordnung zukunftsbezogener Risiken planungswidrigen Aufwandes dort beobachten, wo es um die Gefahr erhöhter Kosten geht, die zur Erfüllung des Versprechens „in natura“ notwendig werden. Diese Variante des planungswidrigen Aufwandes ist dadurch charakterisiert, daß die Höhe des potentiellen Schadens nicht unmittelbar durch das positive Interesse des Gläubigers diktiert wird. Sie hängt vielmehr davon ab, welche Investitionen der Schuldner zur Erfüllung seines Versprechens in seinem Organisationsbereich tätigen oder unter welchem Aufwand er Dritte auf dem Markt zur Bereitstellung der zur Leistung benötigten Güter veranlassen muß. Hier wird der Schuldner bezeichnenderweise vornehmlich durch die um den Annahmeverzug kreisenden Vorschriften der §§ 304 i. V. m. 293 ff, 615, 642 BGB, 572 ff, 594 ff, 666 HGB, 29 ff, 48 ff BSchG, 80 VIII, XIV EVO, 25 IV KVO in Konstellationen vom Aufwandserhöhungsrisiko befreit, in denen die Störung der Sphäre des Gläubigers entspringt oder sich doch in ihr zunächst auswirkt. Dies läßt den Umkehrschluß zu, daß dem Schuldner das Leistungerschwerungsrisiko nicht auferlegt wird, weil er es nicht besser als der Gläubiger zu steuern oder zu absorbieren vermag. Die Fähigkeit zur abstrakten Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit eines Risikos wird nämlich maßgeblich durch die Fähigkeit zur Kalkulation des Risikos bestimmt; denn eine möglichst exakte Kalkulation des Risikos ist nicht nur Voraussetzung für ausreichende Rückstellungen, Versicherungsschutz und eine diese Absorptionsmaßnahmen deckende Preis-

²⁸ Siehe S. 236 ff.

²⁹ Siehe S. 119 ff.

bildung, sondern auch für eine autonome Entscheidung für die Rentabilität bestimmter Schutzmaßnahmen. Liegt nun der die Aufwandserhöhung auslösende Störungsfaktor im Organisationsbereich des Gläubigers, so kann man davon ausgehen, daß in generell-typisierender Betrachtungsweise der Gläubiger sowohl die Wahrscheinlichkeit, daß sich dieser Faktor störend auswirkt, als auch den zu seiner Ausschaltung erforderlichen Aufwand besser abzuschätzen vermag.³⁰ Dies gilt vor allem dann, wenn dieser Störungsfaktor atypisch, d.h. die Wahrscheinlichkeit gewisser Aufwandserhöhungen von Nachfrager zu Nachfrager verschieden ist. Darüber hinaus ist bei derartigen Störungen zu beachten, daß sie der Schuldner regelmäßig mangels eines Einflusses auf den Organisationsbereich des Gläubigers gar nicht zu steuern vermag. Dort, wo die Störung „von außen“ kommt und sich zunächst im Organisationsbereich des Gläubigers auswirkt, könnte zwar der Schuldner häufig durch entsprechende Schutzvorkehrungen verhindern, daß der Gläubiger in Verzug gerät. Daraus folgt aber nicht, daß er das Risiko besser zu beherrschen oder zu absorbieren vermöge; denn in generalisierender, typisierender Sicht kann man davon ausgehen, daß der Gläubiger am besten übersehen kann, wie sich die Gefahr in seinem Bereich realisieren würde. Er ist daher in der Lage, den Aufwand präziser zu kalkulieren, der notwendig wäre, um rentable Sicherungsvorkehrungen einzuleiten. Ferner wird man im allgemeinen auch annehmen können, daß der Gläubiger den Gefahren, die seinen Bereich bedrohen, größere Aufmerksamkeit schenken wird, und daß er sich deshalb auch genauer über die für die abstrakte Beherrschbarkeit und Absorption gleichermaßen wichtige Wahrscheinlichkeit der Störung zu informieren vermag.³¹

5. In dieselbe Richtung weisen die §§ 306, 446 f, 552, 645 BGB, 618, 667 HGB, 65 BSchG bei der Verteilung der Preisgefahr in Fällen, in denen dem Schuldner die Erfüllung des Versprechens unmöglich ist. Die §§ 306, 446 BGB belasten den Schuldner – solange das veräußerte Gut nicht aus seinem Herrschaftsbereich herausgelangt ist – mit dem Risiko, daß die von ihm für den Leistungsversuch getätigten Investitionen nutzlos bleiben.³² In den von § 306 BGB erfaßten Fällen vermag zwar auch der Gläubiger das Risiko, ob die versprochene Leistung im Moment des Vertragsschlusses überhaupt möglich ist, zu steuern. Der Schuldner besitzt hier aber einen abstrakten Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung. Er verfügt nämlich nicht nur über die genaueren Informationen über die Vorgänge in seinem Organisationsbereich, kraft derer er das Störungsrisiko besser zu bewerten imstande ist, sondern auch über spezialisierte Kenntnisse und Fähigkeiten, die den Gläubiger dazu bewogen, ihn zur Bedarfsdeckung einzuschalten. Mit dieser Deutung des § 306 BGB steht der § 446 I BGB in vollem Einklang, der dem Schuldner die Vergütungsgefahr in dem Moment abnimmt, in dem das Kaufobjekt aus seiner Sphäre in die des Käufers gelangt.

³⁰ Siehe S. 132 ff.

³¹ Siehe S. 133.

³² Siehe S. 141 ff, 152 ff.

Umgekehrt belasten die §§ 552, 645 BGB, 618, 667 HGB, 65 BSchG den Gläubiger in Konstellationen mit der Preisgefahr, in denen die Störung der Sphäre des Gläubigers entspringt oder sich in ihr zunächst niederschlägt, – der Gläubiger also in aller Regel die Wahrscheinlichkeit einer Störung zumindest ebenso gut, wenn nicht besser abschätzen und gegebenenfalls die erforderlichen Vorsorgemaßnahmen einleiten kann.³³ Aus diesem Rahmen scheint der § 447 BGB herauszufallen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich aber auch hier, daß seine ratio auf den Gedanken abstrakter Beherrschbarkeit und Absorption zurückzuführen ist. § 447 BGB soll den Verkäufer von der Gefahr befreien, daß er das Transportrisiko, dessen Umfang je nach Transportart, Entfernung und Bestimmungsort schwankt, also sehr heterogen strukturiert ist, unterbewertet und deshalb in den Preisen nur unzureichend berücksichtigt.³⁴

6. Im Bereich der Verteilung des Sekundärzweckstörungsrisikos (Verwendungsgefahr) ist der Einfluß des Prinzips abstrakter Beherrschbarkeit bei der Regelung der Sachmängelgewährleistung zu beobachten. Dem Verkäufer wird die Vergütungsgefahr nach den Grundsätzen der abstrakten Beherrschbarkeit zugerechnet, weil er typischerweise besser in der Lage ist, abzuschätzen und gegebenenfalls festzustellen, ob der veräußerte Gegenstand diejenigen Eigenschaften aufweist, die der Käufer üblicherweise erwarten durfte oder die zu dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch erforderlich sind.³⁵ Bei der Steuerung und Absorption von Bonitätsrisiken geht es hingegen um Daten, die nicht in der Sphäre des Schuldners, sondern in der des Drittschuldners liegen. Dies gilt vor allem für die Höhe der Passiva. Über diese Daten vermag sich der Veräußerer in typisierender Betrachtungsweise genau so gut oder so schlecht wie der Erwerber zu informieren, so daß das Gesetz das Vergütungsrisiko mangels eines abstrakten Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprunges des Verkäufers einer Forderung dem Käufer zugewiesen hat.³⁶

7. Der Einfluß des Prinzips arbeitsteiliger Veranlassung wird im Bereich der Austauschverträge bei den um den Gläubigerverzug kreisenden Vorschriften sowie den §§ 552, 645 BGB, 667 HGB sichtbar.³⁷ Diese Normen belasten den Gläubiger auch dann mit der Preisgefahr und dem Risiko erhöhten Aufwandes, wenn der die Störung auslösende Faktor in der neutralen Sphäre lag und gänzlich unvorhersehbar war. Derartige Risiken können nicht kalkuliert und deshalb auch weder im abstrakten Sinne gesteuert noch absorbiert werden. Daß sie gleichwohl dem Gläubiger zugerechnet werden, beruht darauf, daß der Schuldner in dessen Interesse für den Leistungsversuch Investitionen getätigt, seine Leistungskapazität bereitgehalten hat und die Gefahr erhöhten Aufwandes eingegangen ist. Von daher wird es auch verständlich, daß der Verkäufer einer Sache nur für einen von ihm verschuldeten

³³ Siehe S. 156 ff.

³⁴ Siehe S. 172 ff., 184.

³⁵ Siehe S. 142 ff.

³⁶ Siehe S. 171, 184 f.

³⁷ Siehe S. 196 ff.

Verzug haftet, während der Käufer für die Kosten der Aufbewahrung (§ 304 BGB) und die Lagergefahr (§ 324 II BGB) auch dann einzustehen hat, wenn er infolge höherer Gewalt an der plangemäßen Annahme des Kaufobjektes gehindert worden ist.

VI.

Korrigiert man das nach der ursprünglichen Konzeption des BGB-Gesetzgebers durch die Geltung des Versprechens und die §§ 275 f, 279, 323 ff BGB geprägte Risikoverteilungssystem mit Hilfe einer stärkeren Betonung der Prinzipien der abstrakten Beherrschbarkeit, Absorption und Veranlassung, so folgt daraus bei Austauschverträgen eine größere Entlastung des Schuldners von Leistungerschwerungsrisiken und des Gläubigers von Sekundärzweckstörungsgefahren. Umgekehrt muß der Gläubiger in Fällen, in denen die Leistung unmöglich ist, häufiger damit rechnen, daß er das vereinbarte Entgelt auch ohne eine Gegenleistung zu entrichten hat.

Im einzelnen ergeben sich bei Austauschverträgen, bei denen sozialpolitische Schutzzwecke keine maßgebliche Rolle spielen, folgende Ergebnisse.

1. Beim planungswidrigen Aufwand hat man zwischen gegenwartsbezogenen und zukunftsbezogenen Störungen zu differenzieren.

a) Ist die Störung zukunftsbezogen, d.h. „nachträglich“, so darf dem Schuldner dort, wo er das Versprechen „in natura“ auch bei Einsatz aller nur denkbaren Mittel nicht – mehr rechtzeitig – erfüllen könnte, nur dann eine Schadensersatzpflicht auferlegt – und er damit planungswidrig zu Aufwendungen gezwungen – werden, wenn ihn ein Übernahme-, Vorsorge- oder Abwendungsverschulden trifft.³⁸ Auf diese Weise wird beispielsweise § 279 BGB in Fällen restringiert, in denen der Gattungsschuldner wegen Krankheit außerstande ist, einen Dritten mit der Lieferung zu beauftragen oder sich am Markt einzudecken.

Wirkt sich die Erschwerung für den Schuldner lediglich in der Form erhöhter Investitionen im eigenen Organisationsbereich oder im Zwang aus, sich zu gestiegenen Preisen auf dem Markt einzudecken, so wird ihm das Risiko in aller Regel voll zuzurechnen sein; denn dieses Risiko entspringt normalerweise seiner Sphäre oder schlägt sich doch in ihr zunächst nieder. Der Schuldner, der typischerweise als Fachmann die Leistung übernommen hat, wird in generalisierender Betrachtungsweise die seine Sphäre tangierenden Gefahren genauer bewerten und daher leichter im abstrakten Sinne beherrschen und zuverlässiger absorbieren können.

Der Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung des Schuldners endet aber grundsätzlich dort, wo die Störung ihrer Art oder ihrem Ausmaß nach unvorhersehbar ist, wo sie mit anderen Worten außerhalb aller Wahrscheinlichkeit lag und nicht lediglich unerhebliche Erschwerungen mit sich brachte.³⁹ Dies gilt allerdings nicht

³⁸ Siehe S. 236 ff.

³⁹ Siehe S. 217 ff.

für unvorhersehbare Liquiditätsschwierigkeiten, da die „*par conditio concurrentium*“ verlangt, daß die Vermögenslage der Parteien unberücksichtigt bleibt,⁴⁰ es sei denn, daß vertragstypisch die soziale Position der Vertragspartner eine Rolle spielt. Der Schuldner darf sich ferner auch dann nicht auf die Unvorhersehbarkeit des Risikos berufen, wenn ihm eine Störungsursache auch Vorteile beschert hat.⁴¹

Trotz der Vorhersehbarkeit der Störung ist der Schuldner dort von dem Aufwandserhöhungsrisiko zu befreien, wo ihn ein gravierendes Machtgefälle zwischen den Parteien an der Ausübung seines generell-typischen Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprunges gehindert hat.⁴² Darüber hinaus ist ihm das Risiko abzunehmen, falls die besseren Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten beim Gläubiger liegen. Diese Konstellation wird besonders häufig beim Werkvertrag auftauchen,⁴³ weil dort der Gläubiger relativ stark am Leistungserbringungsprozeß beteiligt ist. Ein Beherrschbarkeits- und Absorptionsvorsprung des Gläubigers ist beispielsweise zu bejahen, falls die Aufwandserhöhung durch ein Verhalten des Gläubigers oder durch die Mangelhaftigkeit des von ihm gelieferten Materials ausgelöst wird.

In Fällen, in denen das Aufwandserhöhungsrisiko dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann, trifft es den Gläubiger als „Veranlasser“ des Risikos. Er kann die Erstattung der erhöhten Kosten durch Rücktritt vom Vertrag vermeiden, hat dann aber die vom Schuldner bis zu diesem Zeitpunkt getätigten Investitionen zu ersetzen.⁴⁴

b) Im Rahmen der gegenwartsbezogenen Risiken planungswidrigen Aufwandes ist vor allem die Regelung des anfänglichen Unvermögens von Interesse.⁴⁵ Diese Leistungsstörung wird mit der Folge einer Schadensersatzpflicht dem Schuldner angelastet, falls er allein in der Lage war, das Risiko im abstrakten Sinne zu steuern oder zu absorbieren. Dies ist zum Beispiel dort anzunehmen, wo der Veräußerer eine gestohlene Ware verkauft, über deren Herkunft er sich allein zuverlässig zu informieren vermag, nicht aber dort, wo die Ware bei Vertragsschluß bereits gestohlen worden ist, da auch der Käufer in der Lage ist, sich über die aktuelle Besitzlage zu informieren. Eine volle Haftung des Schuldners ist in Restriktion des § 306 BGB auch in Fällen gerechtfertigt, in denen ein Schuldner zu einer höchstpersönlichen Dienstleistung außerstande ist, weil ihm von Anfang an die hierzu erforderlichen Kräfte fehlten.⁴⁶

2. Bei der Verteilung des Risikos von Primär- und Sekundärzweckstörungen ist der Unterschied zwischen gegenwarts- und zukunftsbezogenen Störungen unerheblich.

⁴⁰ Siehe S. 232 f.

⁴¹ Siehe S. 234.

⁴² Siehe S. 232.

⁴³ Siehe S. 235, 246 ff.

⁴⁴ Siehe S. 240 ff.

⁴⁵ Siehe S. 265 ff.

⁴⁶ Siehe S. 277.

a) In aller Regel wird der Schuldner die Gefahr zu tragen haben, daß die für den Leistungsversuch getätigten Investitionen infolge der Unmöglichkeit der Leistung nutzlos und unvergütet bleiben, da er den Leistungsprozeß plant und steuert und deshalb üblicherweise über einen abstrakten Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprung verfügt.⁴⁷ Dieser Vorsprung fehlt beispielsweise bei der Miete dort, wo dem Mieter der Gebrauch der Mietsache aus einem Grund unmöglich wird, der in seiner Sphäre liegt oder sich „von außen“ kommend in ihr zuerst hindernd bemerkbar gemacht hat (§ 552 BGB).⁴⁸ Ist die Störungsursache freilich derart gestaltet, daß sie auch allen anderen potentiellen Mietern den Gebrauch unmöglich gemacht hätte, ist sie mit anderen Worten „homogen“, so hat der Mieter durch den Abschluß des Vertrages nicht die Gefahr erhöht, daß die Leistungskapazität des Vermieters fehlgeleitet wird, da sie unbrauchbar geblieben wäre, mit welchem der potentiellen Nachfrager der Vermieter auch immer kontrahiert hätte.⁴⁹ In einer solchen Situation ist die Preisgefahr dem Vermieter aufzuerlegen. Eine Ausnahme von dieser Regel ist nur kraft eines Absorptionsvorsprungs des Mieters in Fällen zuzulassen, in denen sich der Mieter augenscheinlich besser über ein bestimmtes Störungsrisiko zu informieren in der Lage ist.⁵⁰

Bei Werkverträgen ist der Unternehmer in Restriktion des § 323 I BGB ebenfalls dann von der Vergütungsgefahr zu befreien, wenn er im Hinblick auf den die Unmöglichkeit auslösenden Faktor über keinen Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprung verfügt. Ihn wird man beispielsweise bei unvorhersehbaren Störungen verneinen müssen.⁵¹ Entspringt die Störung der Sphäre des Bestellers, so hat man grundsätzlich davon auszugehen, daß der Besteller die Intensität dieses Risikos besser oder zumindest ebenso gut wie der Unternehmer kalkulieren kann. Störungsfaktoren, die zum neutralen Bereich zählen, fallen dann dem Besteller zur Last, wenn sie sich zunächst auf Objekte oder Subjekte des Bestellers auswirken, die zu seiner Sphäre gehören, und sie atypisch sind, so daß bei einer Streuung durch den Unternehmer auf der Grundlage einer langfristigen Durchschnittskalkulation größere Externalisierungseffekte zu befürchten wären.⁵² Selbst bei typischen Risiken hat der Besteller die Preisgefahr zu tragen, wenn der Unternehmer im Interesse des Bestellers auf eine ausreichende Risikodeckung durch Vergütung verzichtet und sich in eine auftragsähnliche Position begeben hat. Ist das Risiko dem Besteller zuzurechnen, so erscheinen in Parallele zu den §§ 552 BGB, 618, 667 II HGB, 65 BSchG die in § 324 I BGB vorgesehenen Rechtsfolgen als sachgerecht; denn in § 645 I BGB wird zu wenig berücksichtigt, daß der Unternehmer im Interesse und auf Veranlassung des Bestellers seine Leistungskapazität gebunden hat, die nun

⁴⁷ Siehe S. 288.

⁴⁸ Siehe S. 284.

⁴⁹ Siehe S. 197 ff., 282 f.

⁵⁰ Siehe S. 283 f.

⁵¹ Siehe S. 289 ff.

⁵² Siehe S. 291.

möglicherweise nutzlos brach liegen muß.⁵³ Der Geltungsbereich des § 645 I BGB ist auf die Fälle zu restringieren, in denen die Werkleistung nach Lieferung eines neuen Stoffes noch erbracht werden kann.

b) Bei Verwendungszweckstörungen ist in zwei Konstellationen von dem Grundsatz abzurücken, daß der Gläubiger das Verwendungsrisiko auf sich zu nehmen hat.

Die eine Fallgruppe ist in Anlehnung an den § 459 I BGB dadurch gekennzeichnet, daß der Schuldner das Risiko einer vom Gläubiger für ihn erkennbar geplanten Verwendung besser zu beherrschen oder zu absorbieren vermag.⁵⁴ Dieser Vorsprung wird sich häufig aus den besseren Informationsmöglichkeiten des Schuldners ableiten lassen. Ein Informationsvorsprung des Schuldners besteht typischerweise etwa in Hinblick auf die Qualität des Grundstückes beim Verkauf eines Erbbaurechtes,⁵⁵ auf die Existenz eines hoheitlichen Bauverbotes bei der Veräußerung eines Grundstückes⁵⁶ oder auf die Eigenschaften des Unternehmens bei Verkauf der Anteile einer Ein-Mann-GmbH.⁵⁷ Beim finanzierten Kauf ist der Informationsvorsprung der Bank in Hinblick auf die Solvenz des Verkäufers nicht so stark, daß man immer ohne weiteres von einem Beherrschbarkeits- oder Absorptionsvorsprung des Finanzierungsinstitutes sprechen könnte. In Verbindung mit dem dem AbzG entnommenen, sozialpolitischen Schutzzweck rechtfertigen es die Informationsvorteile der Bank aber, dem Käufer, der nicht als Kaufmann tätig ist, den Einwendungsdurchgriff gegen die Bank im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Verkäufers zu eröffnen.⁵⁸

Verfügt weder der Gläubiger noch der Schuldner über einen Beherrschbarkeits- bzw. Absorptionsvorsprung, so fällt das Verwendungsrisiko dem Schuldner zur Last, wenn der Gläubiger offensichtlich keine Fehlleitung von Leistungskapazität veranlaßt haben kann. Die Störung muß also in dem Sinne homogen gewesen sein, daß die Leistungskapazität des Schuldners nicht hätte nutzbringend eingesetzt werden können, mit welchem der in Frage kommenden Nachfrager er auch immer kontrahiert hätte.⁵⁹ Außerdem ist zu fordern, daß die Störung unvorhersehbar war,⁶⁰ es sei denn, daß der Schuldner sich nur gelegentlich und ohne gewerblichen Zweck zu einer atypischen Leistung verpflichtet hat, wie dies bei der Vermietung von Fensterplätzen zur Besichtigung eines Krönungszuges der Fall gewesen sein wird.⁶¹

3. Dem Gläubiger ist bei Verwendungstörungen aber auch unabhängig von der Homogenität, Unvorhersehbarkeit sowie Beherrschbarkeit und Absorbierbarkeit

⁵³ Siehe S. 294 ff.

⁵⁴ Siehe S. 338 ff.

⁵⁵ Siehe S. 340.

⁵⁶ Siehe S. 344.

⁵⁷ Siehe S. 342.

⁵⁸ Siehe S. 351 ff.

⁵⁹ Siehe S. 321 ff.

⁶⁰ Siehe S. 328 ff.

⁶¹ Siehe S. 330 f.

des die geplante Verwendung hindernden Ereignisses und seiner Folgen ein Rücktrittsrecht zuzubilligen, falls er einen Vertrag über infungible Leistungen geschlossen hat. Im Werkvertragsrecht eröffnet § 649 BGB dem Besteller den Rücktritt. Diese Vorschrift ist auf infungible Leistungen auszudehnen, die der Gläubiger im Falle einer Sekundärzweckstörung gar nicht oder nur unter größten wirtschaftlichen Verlusten weiterverwenden kann.⁶² Im Unterschied zu den Fällen der vom Schuldner besser beherrschbaren bzw. absorbierbaren sowie homogenen Sekundärzweckstörungen muß sich in den hier genannten Konstellationen der Schuldner nur die anderweitigen Verdienste sowie die Ersparnisse anrechnen lassen, die infolge der Aufhebung des Vertrages angefallen sind.

4. Da Schuldner und Gläubiger im Vergleich zur ursprünglichen Konzeption des BGB stärker von Leistungerschwerungs- und Sekundärzweckstörungsrisiken entlastet werden, ist auch auf dem Gebiet der Leistungserleichterung und Erhöhung der Nutzbarkeit ein Ausgleich zu schaffen.⁶³ Demnach hat der Schuldner die tatsächlich ersparten Kosten an den Gläubiger weiterzugeben, wenn die Leistungserleichterung unvorhersehbar war oder der Planungsfehler aus der Sphäre des Gläubigers stammte. Umgekehrt hat sich der Gläubiger auf eine Erhöhung der Gegenleistung einzulassen, falls sich die Nutzbarkeit der Leistung unvorhersehbar erhöht hat und sich die daraus resultierenden Vorteile aller Wahrscheinlichkeit nach auch bei allen anderen potentiellen Nachfragern niedergeschlagen hätten.

5. Nicht nur der Gläubiger, sondern auch der Schuldner kann manchmal ein Interesse daran haben, daß er nicht nur die Vergütung erhält, sondern daß seine Leistung auch zu einem bestimmten Zweck verwendet wird. In derartigen Fällen schaltet der Schuldner den Gläubiger in seinem Interesse arbeitsteilig ein. Einigen sich die Parteien über die rechtliche Relevanz dieses Verwendungszweckes, so hat der Sachleistungsgläubiger die Gefahr seiner Vereitelung nach den für die Zweckstörungen allgemein geltenden Grundsätzen auf sich zu nehmen. § 812 I 2 2. Alt. BGB ist entsprechend zu modifizieren.⁶⁴

VII.

Im Bereich der Arbeitsverhältnisse ist bei der Verteilung der Schadensersatz- und Zweckstörungsrisiken den anerkannten Schutzbedürfnissen der Arbeitnehmer Rechnung zu tragen. Sie resultieren in dem in dieser Untersuchung behandelten Bereich der Risikoverteilung aus der typischen wirtschaftlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, die ihn außerstande setzt, die mit dem Austausch verbundenen Risiken, aber auch die Gefahren einer Arbeitsunfähigkeit oder Arbeitslosigkeit aus dem für die Arbeitsleistung erzielten Entgelt selbständig abzudecken.⁶⁵ Die – isoliert

⁶² Siehe S. 363 ff.

⁶³ Siehe S. 375 ff.

⁶⁴ Siehe S. 368 ff.

⁶⁵ Siehe S. 393 ff.

betrachtet – typische materielle Inäquivalenz des Lohnes führt dazu, daß dem Arbeitnehmer zum einen Risiken auch dann nicht zugerechnet werden, falls sie ihm nach den für normale Dienstverträge geltenden Regeln wegen besserer Beherrschbarkeit zur Last fielen; denn das Entgelt reicht typischerweise nicht aus, um die für die Risikoabsorption notwendigen Rücklagen zu bilden, und übt auch nicht auf den Arbeitgeber den gesamtwirtschaftlich notwendigen Druck aus, um rentabel vermeidbare Risiken auszuschalten.⁶⁶ Diese materielle Inäquivalenz ist im Rahmen der Risikoverteilung auszugleichen.

1. So ist der Arbeitnehmer im Vergleich zu sonstigen Dienstverträgen stärker von der Gefahr schuldhafter Schädigung des Arbeitgebers oder Dritter zu befreien. Auf diese Weise wird das Risiko auf den Arbeitgeber verlagert, der die Schadensfolgen in Anbetracht des typischen Vermögensunterschiedes zwischen den Parteien besser aufzufangen vermag⁶⁷ und der zugleich genötigt wird, in erhöhtem Ausmaß gesamtwirtschaftlich rentable Schutzvorkehrungen einzuführen.⁶⁸ Im einzelnen heißt dies, daß das Haftungsprivileg überall dort eingreift, wo sich spezifische Arbeitsrisiken und keine allgemeinen Lebensrisiken⁶⁹ verwirklichen. Das Kriterium der besonderen Gefahrenneigung ist aufzugeben. Der aus dem Sorgfaltsverstoß des Arbeitnehmers entspringende Schaden ist in einer konkreten Abwägung der „Veranlassung“ des tätigkeitsspezifischen Risikos sowie der den Parteien aus arbeitsrechtlicher Sicht offenstehenden Beherrschungs- und Absorptionsmöglichkeiten zuzuordnen.⁷⁰ Dabei spielen vor allem die Intensität des Verschuldens, die Typizität des Sorgfaltsverstoßes, die Steuerungsmöglichkeiten des Arbeitgebers sowie das Verhältnis zwischen Entgelt und Schadensumfang eine wesentliche Rolle.

2. Schäden an den zur Arbeitsleistung eingesetzten Sachen des Arbeitnehmers sind dann auf den Arbeitgeber abzuwälzen, wenn der Schaden ungewöhnlich ist.⁷¹ Trifft den Arbeitnehmer an einem derartigen Schaden ein Verschulden, so ist der Schaden quotisiert auf die Parteien zu verteilen.

3. Diese Risikoverteilungsgrundsätze gelten auch für Personen, die Dienstverträge als selbständig Tätige abgeschlossen haben, sofern sie zum Kreis der arbeitnehmerähnlichen Personen gehören. Im übrigen dürfen Dienstverpflichtete von der Gefahr schuldhafter Schadenszufügung nur in Fällen entlastet werden, in denen der Dienstberechtigte in Ausnutzung der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns eine Gegenleistung verspricht, die das Haftungsrisiko offensichtlich nicht deckt.⁷²

4. Bei der Verteilung des Betriebsrisikos, das nicht auf der Gefahr von Arbeitskämpfen beruht, hat man zu berücksichtigen, daß der Arbeitgeber den Arbeitneh-

⁶⁶ Siehe S. 403 ff.

⁶⁷ Siehe S. 402 ff.

⁶⁸ Siehe S. 406.

⁶⁹ Siehe S. 409.

⁷⁰ Siehe S. 410 ff.

⁷¹ Siehe S. 418 ff.

⁷² Siehe S. 416 f.

mer nicht nur im eigenen Interesse für einen durch die Kündigungsfristen bestimmten Zeitraum an sich bindet, sondern daß er sich bei älteren Arbeitnehmern, Schwerbehinderten und schwangeren Müttern einseitig⁷³ mit erschwerten Kündigungsvoraussetzungen konfrontiert sieht, die dazu dienen, dem Arbeitnehmer mittelfristig trotz Nachfrageschwankungen einen gleichmäßigen Lebensstandard zu garantieren. Daraus ergibt sich, daß dem Arbeitgeber das Betriebsrisiko auf der Grundlage des Veranlassungsprinzips nur insoweit zugerechnet werden darf, als er die Arbeitskraft des Arbeitnehmers rechtlich bindend für sich reserviert hat. In dem Bereich, in dem der Arbeitgeber einseitig Kündigungsbeschränkungen zu beachten hat, ist er hingegen wie ein Schuldner von Dienst- oder Sachleistungen zu behandeln; denn er schuldet – wirtschaftlich gesehen als Teil der Gegenleistung – soziale Sicherheit für einen bestimmten Zeitraum.⁷⁴

Auf diese Unterscheidung gründet sich die Risikoverteilung, die den Arbeitgeber bei vorhersehbaren Betriebsrisiken stärker belastet als bei unvorhersehbaren, „von außen“ kommenden Störungen. Vorhersehbare Betriebsstörungen hat der Arbeitgeber voll zu tragen.⁷⁵ Unvorhersehbare, „von außen“ kommende Störungen, die alle potentiellen Nachfrager nach der vom Arbeitnehmer angebotenen Arbeitskraft erfassen, geben dem Arbeitgeber ein Recht, den Lohn sofort zu suspendieren.⁷⁶ Hat eine derartige Störung nicht alle potentiellen Nachfrager getroffen, ist sie also heterogen, so hat der Arbeitgeber eine Fehlleitung von Arbeitskraft „veranlaßt“. ⁷⁷ Er darf dann das Arbeitsverhältnis nur mit den Fristen suspendieren, die für die Kündigung durch den Arbeitnehmer gelten. Wird durch diese Form der Risikoverteilung die Existenz des Unternehmens gefährdet, so müssen die Arbeitnehmer aus Gründen der Solidarität eine zeitweise Aussetzung ihrer Ansprüche hinnehmen, wenn die Mehrheit der Arbeitnehmer an der vorübergehenden Suspendierung der Lohnforderungen im Interesse einer Erhaltung der Arbeitsplätze interessiert ist.⁷⁸

⁷³ Siehe S. 391 ff.

⁷⁴ Siehe S. 425 f.

⁷⁵ Siehe S. 425 ff.

⁷⁶ Siehe S. 424.

⁷⁷ Siehe S. 423.

⁷⁸ Siehe S. 430 ff.

Literaturverzeichnis

- Achternberg*, Der Rechtsgrund der Haftungsbeschränkung und der Ersatzansprüche des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit, AcP 164 (1964), 14ff.
- Adamkiewicz*, Die „höhere Gewalt“ im Bürgerlichen Recht, Gruch 59 (1915), S. 577 ff.
- Adler*, Der Übergang der Gefahr beim Handelskauf, ZHR 72, 388 ff.
- Unverschuldetes Unrecht, Wien 1910.
- Amtliche Begründung*, der 2. VO zur Ergänzung und Änderung des Gesetzes über den Versicherungsvertrag v. 6. 4. 43, DJ 1943, 268.
- Ballerstedt*, Arbeitskampf und Lohnrisiko, AuR 1966, 225 ff.
- Privatrecht und Politik, in Festgabe Kunze, Berlin 1969, S. 39 ff.
- Baron*, Die Haftung bis zur höheren Gewalt, AcP 78, 203 ff.
- Bartholomeyczik*, Äquivalenzprinzip, Waffengleichheit und Gegengewichtsprinzip in der modernen Rechtsentwicklung, AcP 166, 30 ff.
- Barton*, The Economic Basis of Damages for Breach of Contract, 1 Journal of Legal Studies, 277 ff (1972).
- Batzner*, Zur Bedeutung und Problematik des Funktionsrabattes, Berlin u. München 1962.
- Baumbach-Duden*, Handelsgesetzbuch, 21. Aufl., München 1974.
- Baur*, Lehrbuch des Sachenrechts, München 1970.
- Baur*, Haftungsvoraussetzungen und Haftungsfolgen bei Tauglichkeitsmängeln der Erfindung, ZHR 129 (1967), S. 1 ff.
- Becker-Schaffner*, Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Tätigkeit im Dienstverhältnis Selbständiger, NJW 69, 1235 f.
- Becker*, Die Haftung der Eisenbahn nach nationalem und internationalem Frachtrecht, Berlin 1960.
- Becker-Schaffner*, Haftungsbeschränkungen im Dienstverhältnis der selbständig Tätigen, VersR 71, 195 ff.
- Beitzke*, Gefahrtragung und Beschlagnahme beim Kauf, MDR 1947, 281 ff.
- Bekker/Kreikebaum*, Zeitarbeit, Stuttgart 1974.
- August Beckmann*, Der Kauf nach Gemeinem Recht, Band I 1876.
- Begründung zum BSchG*, Drucksachen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, III. Session, 1894/1895, Nr. 81, Berlin 1895.
- Ernst Benda*, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Wirtschaftsmacht von Großunternehmen als sozialpolitisches Problem, Göttingen 1966.
- Benkard*, Patentgesetz, Gebrauchsmustergesetz, Kurzkommentar, 6. Aufl., München 1973.
- Benthien*, Die Haftung des Kraftwagenspediteurs, Bad Schwartau, 1973.
- Bericht der XI Kommission über den Gesetzentwurf, betreffend die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschifffahrt, Drucksache des Reichstages, 9. Legislaturperiode, III. Session, 1894/95, Nr. 253.
- Bettermann*, Über Inhalt, Grund und Grenzen des Nominalismus, RdA 1975, 2 ff.
- Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.
- Lohnminderung bei Schlechtarbeit oder Arbeitsunlust, ZfA 1972, 73 ff.
- Biedenkopf*, Die Betriebsrisikolehre als Beispiel richterlicher Rechtsfortbildung, Karlsruhe 1970.
- Bienenfeld*, Die Haftung ohne Verschulden, Berlin u. Wien 1933.
- Blomeyer*, Allgemeines Schuldrecht, 4. Auflage, Berlin u. Frankfurt a. M. 1969.
- Blomeyer/H. Buchner*, Rückzahlungsklauseln im Arbeitsrecht, Karlsruhe 1969.
- v. Blume*, Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung, JherJb 55, 209 ff.

- Boer*, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Gruch, 54 (1910), S. 493 ff.
- Böhm*, Wettbewerb und Monopolkampf, Berlin 1933.
- Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft, Ordo, XVII (1966), 75 ff.
- Böhmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Bd. II 2, Tübingen 1952.
- Boergen*, Der personale Geltungsbereich der arbeitsrechtlichen Haftungsgrenze, MDR 71, 178 ff.
- Boldt/W. Röhsler*, Bundesurlaubsgesetz, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- Brecht*, System der Vertragshaftung, JherJb 53, 213 ff.
- Brehm*, Der Anspruch auf Prämienleistung bei nachträglich zu vertretender Unmöglichkeit, JZ 74, 573 ff.
- Brinkmann*, Geschichtliche Wandlungen in der Idee des gerechten Preises, in: Der gerechte Preis, Berlin 1940, S. 227 ff.
- v. Brinz*, Der Begriff obligatio, Grünhuts Z 1 (1874), S. 11 ff.
- Brox*, Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung, Karlsruhe 1960.
- Fragen der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, JZ 66, 761.
- Die Gefahrtragung bei Untergang oder Verschlechterung der Kaufsache, JuS 75, 1 ff.
- Allgemeines Schuldrecht, 5. Aufl., München 1976.
- Brox-Elsing*, Die Mängelhaftung bei Kauf, Miete und Werkvertrag, JuS 76, 1 ff.
- Bruck-Möller*, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz und zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen unter Einschluß des Versicherungsvermittlerrechts (zit. VVG), Berlin 1961/70.
- Brüggemann*, in: Großkommentar zum HGB, Bd. IV, Berlin 1970.
- Buchner*, Besprechung von Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, RdA 1970, 214.
- Berufshaftpflichtversicherung oder gesetzl. Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung? RdA 72, 153 ff.
- Busse*, Patentgesetz, 4. Aufl., Berlin-New York 1972.
- Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien-New York 1967.
- v. Caemmerer*, Mortuus redhibetur, Bemerkungen zu den Urteilen BGHZ 53, 144 und 57, 137, Festschrift Larenz, München 1973, S. 621 ff.
- Das deutsche Schuldrecht und die Rechtsvergleichung, NJW 56, 569 ff.
- Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift für Ernst Rabel, Bd. I., Tübingen 1954, S. 332 ff.
- Anleiheschuld und Einlösungsmittel, JZ 51, 740.
- Reform der Gefährdungshaftung, Berlin-New York 1971.
- Calabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts, 70 Yale Law Journal 499 (1961).
- The Costs of Accident, New Haven and London, 1970.
- Calabresi/Hirschoff*, Toward a Test for Strict Liability in Torts, 81 Yale Law Journal 1055 ff (1972).
- Calabresi/Melamed*, Property rules, liability rules and inalienability: One view of the Cathedral, 85 Harvard Law Review 1089 ff (1972).
- Canaris*, Systemdenken und Systembegriff, Berlin 1969.
- Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971.
- Bankvertragsrecht, Berlin-New York 1975.
- Der Bereicherungsausgleich im Dreipersonenverhältnis in: Festschrift für Karl Larenz, München 1973, S. 799 ff.
- Clasen*, Rechtsfolgen der endgültigen Versagung der notwendigen Genehmigung des Erfüllungsgeschäftes, NJW 63, 429 ff.
- Coase*, The Problem of Social Costs, 3 Journal of Law and Economics, 1 (1960).

- Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II. Tübingen und Leipzig 1902.
 – Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg, Leipzig, Tübingen 1897.
- van den Daele, Probleme des gegenseitigen Vertrages, Hamburg 1968.
- Dall'Asta, Theorie der Lohnpolitik, Berlin 1971.
- Demmer, Die Haftung des Schuldners für sein ursprüngliches Unvermögen zur Leistung nach gemeinem Recht in der Entstehungsgeschichte des BGB und nach geltendem Recht. Diss. Köln 1974.
- Demsetz, When does the rule of Liability matter, 1 Journal of Legal Studies, S. 13 ff (1972).
- Denecke-Mongau-Neumann, Arbeitszeitordnung, 7. Aufl. 1970.
- Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches, Berlin 1896.
- Dernburg, Begriff der höheren Gewalt, Grünh. Z 11, 335 ff.
- Schuldverhältnisse nach dem Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. II, 1. Abt., Halle 1899.
- Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, Köln, Berlin, Bonn, München 1963.
 – Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 71, 246.
 – Methode und Konzept der Gefährdungshaftung, VersR 71, 1 ff.
- Diederichsen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Ersatz von Mängelfolgeschäden, AcP 165, 149 f.
- Die Haftung des Warenherstellers, München und Berlin 1967.
- Diesselhorst, Gewissensnot als Schuldbefreiungsgrund, Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972, S. 36 ff.
- Dochnahl, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag nach römischem Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, JherJb 48, 241 ff.
- Döring, Anmerkung, NJW 56, 1640.
- Donau, Verpflichtung zur Zahlung von Mietzins, NJW 54, 1177.
- Dreher, Gefährtragungsprobleme beim Versendungskauf, Diss. Münster 1970.
- Dubischar, Soziologie nahe Dogmatik und dogmatiknahe Soziologie, in: Festschrift Esser, S. 9 ff, Kronberg 1975.
- Prinzipien – Platonismus, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974, S. 99 ff.
- Eckstein, Der Untergang der Obligation durch Unmöglichkeit, Leistungserschwerung und verwandte Umstände und das Schicksal der Gegenleistung, Arch Bürg R 37, 390 ff.
- Ehmann, Das Lohnrisiko der an einem rechtmäßigen Arbeitskampf nicht beteiligten Arbeitnehmer, DB 73, 1946 ff, 1994 ff.
- Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Tübingen 1950.
- Emmerich, Grundlagen des Vertrags- und Schuldrechts, (Athenäum – Zivilrecht I), Frankfurt 1972.
 – Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg 1969.
- Endemann, Preismsturz und Vertragsbindung, JW 21, 8 ff.
- Engisch, Auf der Suche nach der Gerechtigkeit, München 1971.
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958.
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1960.
 – Entwurf eines HGB mit Ausschluß des Seehandelsrechts nebst Denkschrift, Berlin 1896.
- Epstein, A Theory of Strict Liability, 2 Journal of Legal Studies, 151 ff (1973).
- Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zit. BGB), 6. Aufl., Münster 1975.
- Esser, Schuldrecht (zit. SchR), Band I, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1970.
 – Schuldrecht (zit. SchR), Band II, Besonderer Teil, 4. Aufl., Karlsruhe 1971.
 – Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt 1970.
 – Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 2. Aufl., München 1969.
 – Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, JZ 58, 115.
 – Arbeitskampf und Vertragstreue, JZ 63, 489 ff.

- Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 53, 129 ff.
- Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, AcP 148, 121 ff.
- Das Verhältnis von Kaufvertrag und Darlehensvertrag beim B-Geschäft des finanzierten Teilzahlungsgeschäfts, in: Festschrift für E. Kern, Tübingen 1968, S. 87 ff.
- Esser-Schmidt*, Schuldrecht, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 5. Aufl., Karlsruhe 1975 (zit. SchR I 1).
- Eucken*, Die Grundlagen der Nationalökonomie, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1950.
- Exner*, Der Begriff der höheren Gewalt, Grünhuts Z, 10, 497 ff.

- Fabricius*, Schlechtlieferung und Falschliefierung beim Kauf, JuS 64, 1 ff.
- Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, JZ 67, 464 ff.
- Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, Tübingen 1970.
- Kollision von Beschäftigungspflichten aus Doppelarbeitsverhältnissen, ZfA 1972, 35 ff.
- Farthmann*, Anfechtung des Arbeitsvertrages, JuS 64, 141 ff.
- Der „personenrechtliche Charakter“ des Arbeitsverhältnisses, RdA 60, 5 ff.
- Fechner*, Sozialer Rechtsstaat und Arbeitsrecht, RdA 1955, 161 ff.
- Feder*, Verantwortlichkeit für fremdes Verschulden, 1902.
- Felgentraeger*, Hypothek und Grundschuld, in: Festschrift für J. v. Gierke, Berlin 1950.
- Fikentscher*, Schuldrecht, 6. Auflage, Berlin-New York 1976.
- Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos (zit. GG), München 1971.
- Das Verhältnis von Kartellrecht und Recht des unlauteren Wettbewerbs im deutschen und europäischen Recht, Festschrift Hallstein, S. 127 ff, Frankfurt a.M. 1966.
- Filios*, Die Gefahrtragung beim Kauf (§ 446 BGB) im Rahmen des Synallagmas, Berlin 1964.
- Fischer*, Konzentration und Gefahrtragung bei Gattungsschulden, JherJb 51, 159 ff.
- Flad*, Der Geschäftsirrtum in der neueren Rechtssprechung des RG, Festschrift für E. Bumke, Berlin 1939, S. 233 ff.
- Flume*, Die Entreichungsgefahr und die Gefahrtragung bei Rücktritt und Wandlung, NJW 1970, 1161 ff.
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter Band, Das Rechtsgeschäft (zit. AT), 2. Aufl., Berlin-Heidelberg-New York 1975.
- Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster 1948.
- Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 135 ff, Karlsruhe 1960.
- Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift für Hans Niedermeyer, Göttingen 1953, S. 103 ff.
- Frey*, Die Zumutbarkeit, ein arbeitsrechtliches Leitmotiv, JZ 55, 106 ff.
- Friauf*, Gesetzesankündigung und rückwirkende Gesetzgebung im Steuer- und Wirtschaftsrecht, BB 72, 669 ff.

- Galperin*, Zur Theorie der Lehre von der Betriebsgefahr, RdA 49, 8 ff.
- Gamillscheg*, Zivilrechtliche Denkformen und die Entwicklung des Individualarbeitsrechts, AcP 176, 197 ff.
- Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, Verhandlungen des 45. DJT, S. G/7 ff, München und Berlin 1965.
- Die Solidarität als Rechtsbegriff, in: Festschrift für Erich Fechner, Tübingen 1973, S. 135 ff.
- Gamillscheg-Hanau*, Haftung des Arbeitnehmers, 2. Auflage, Karlsruhe 1974.
- Ganten*, Das Vertragsrisiko, BauR 1972, 193 ff.
- Pflichtverletzung und Schadensrisiko im privaten Baurecht, Bielefeld 1974.
- Gareis*, in: Endemann, Handbuch des Deutschen Handels- See- und Wechselrechts, Bd. II, Leipzig 1882.
- Gaul*, Die Haftung des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers in Fällen schadensgeneigter Arbeit, DB 62, 166 ff, 202 ff.

- Ein Lösungsweg der Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit nach geltendem Recht, AuR 65, 225 ff.
- Arbeitsrecht im Betrieb, 6. Aufl., 1970.
- Gelpcke*, Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffs der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht?, Verhandlungen des 22. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 348 ff, Berlin 1893.
- Genius*, Risikohaftung des Geschäftsherrn, AcP 173 (1973), 481 ff.
- v. Gierke*, Die Wurzel des Dienstvertrages, in: Berliner Festschrift für H. Brunner, Weimar 1914, S. 37 ff.
- Giesen*, Zur Relevanz des Kalkulationsirrtums, JR 71, 403 ff.
- Gilles*, Der sogenannte Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Umsatz- und Dienstleistungsgeschäften als rechtspolitisches und methodisches Problem, JZ 75, 305 ff.
- Götz*, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, Bielefeld 1960.
- Goldschmidt*, Das receptum nautarum, cauporum, stabulariorum, ZHR 3 (1860), 58 ff, 331 ff.
- Goltz*, Motivirrtum und Geschäftsgrundlage im Schuldvertrag, Köln-Berlin-Bonn-München 1973.
- Die Haftung des Verkäufers bei Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes, DB 74, 1609.
- Grochla*, Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. VIII, S. 314 ff, Tübingen 1964.
- Großfeld*, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968.
- Gudian*, Die Haftung für anfängliches Unvermögen, NJW 71, 1239.
- Guelde*, Das Recht des Güterkraftverkehrs, 2. Teil, Kraftverkehrsordnung (zit. KVO), Münster 1956.
- Gutenberg*, Unternehmensführung, Organisation und Entscheidung, Wiesbaden 1962.
- Haage*, Das Abladegeschäft, 4. Aufl., Hamburg 1958.
- Habscheid*, Das Ausgleichsrecht des Handelsvertreters, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, Karlsruhe 1957, S. 335 ff.
- Hachenmeister*, Der Inseratvertrag als Werkvertrag, Leipzig 1928.
- Hanau*, Aktuelle Probleme des Schadensausgleiches im Arbeitsrecht, ZfA 1970, 431 ff.
- Hanau/Adomeit*, Arbeitsrecht, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 1976.
- Handelsgesetzbuch*, Handelsgesetzbuch, Großkommentar (zit. RGR KommzHGB), 3. Auflage, Zweiter Band, 1. Halbband, Berlin-New York 1973.
- Vierter Band, Berlin 1970.
- Harloff*, Der Einfluß psychischer Faktoren auf die Mobilität der Arbeit, Berlin 1970.
- Hassold*, Die Mängelhaftung im Mietrecht, JuS 75, 550 ff.
- Zur Reichweite der Mängelgewährleistung im Mietrecht, NJW 74, 1743.
- Haymann*, Fehler und Zusicherung beim Kauf, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. III, Berlin u. Leipzig 1929, S. 317 ff.
- Anmerkung, JW 32, 1862 ff.
- Schenkung unter Auflage, Berlin 1905.
- Hax*, Grundlagen des Versicherungswesens, Wiesbaden 1964.
- Heck*, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.
- Heckelmann*, Grenzzlinien für den Käuferschutz beim Ratenkauf nach BGB und nach dem Abzahlungsgesetz, Festschrift Bärmann, 1975, S. 427 ff.
- Hedemann*, Lohnzahlung bei Arbeitsverhinderung, Festschrift Rosenthal, Jena 1923, S. 186 ff.
- Heinsheimer*, Lieferungsverweigerung wegen veränderter Wirtschaftslage, DJZ 1920, 670 ff.
- Sven Helander*, Der gerechte Preis als Zentralproblem der Wirtschaftspolitik, in: Der gerechte Preis, Berlin 1940, S. 23 ff.
- Helm*, Haftung für Schäden an Frachtgütern, Karlsruhe 1966.
- Henckel*, Rückwirkung richterlicher Rechtsfortbildung auf bestehende Verträge, VersR 75, 773 ff.

- Herberger*, Rechtsnatur, Aufgabe und Funktion der Sachmängelhaftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1974.
- Hereth*, Baupreisrecht, Textsammlung, München 1965.
- Herschel*, Anmerkung, SAE 74, 72.
- Die rechtliche Bedeutung schutzrechtlicher Vorschriften im Arbeitsrecht, RdA 64, 7 ff, 44 ff.
- Herzog*, Zur Mängelhaftung beim Kauf von Wertpapieren, ZHR 94, 330 ff.
- Hetzl*, Die Sonderregelung des anfänglichen Unvermögens im Kaufrecht, NJW 58, 1172 f.
- Heymann*, Das Verschulden beim Erfüllungszwang, Marburg 1913.
- Heymann-H. W. Kötter*, Handelsgesetzbuch, Berlin-New York 1971.
- Hilger*, Das betriebliche Ruhegeld, Heidelberg 1959.
- Himmelschein*, Erfüllungszwang und die Lehre von der positiven Vertragsverletzung, AcP 135 (1932), S. 255 ff.
- v. *Hippel*, Reform der Haftung des Arbeitnehmers, ZRP 71, 217 ff.
 - Zur Haftung des Arbeitnehmers bei schadensgeneigter Arbeit, NJW 69, 302.
- v. *Hippel*, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, Tübingen 1936.
- Hönn*, Über die Pflicht des Vermieters zur Weitervermietung bei vorzeitigem Auszug des Mieters, MDR 70, 19.
- Hofmann*, Anfängliche Unausführbarkeit im Werkvertrag, MDR 63, 717 ff.
- Hommelhoff*, Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf durch Anteilserwerb, ZHR 140 (1976), S. 271 ff.
- Die Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf, Köln 1975.
- Hoppmann*, Preismeldestellen und Wettbewerb, WuW 1966, 65 ff.
- Probleme einer wirtschaftspolitisch praktikablen Definition des Wettbewerbes, in: Grundlagen der Wettbewerbspolitik, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, n.F. Bd. 48, Berlin 1968 ff, S. 9 ff.
 - Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1968.
- Hopt*, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, München 1975.
- Hopt-M. Will*, Europäisches Insiderrecht, Einführende Untersuchung, Ausgewählte Materialien, Stuttgart 1973.
- Horn*, Geldwertveränderung, Privatrecht und Wirtschaftsordnung, Karlsruhe 1975.
- Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts - Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der Economic Analysis of Law, AcP 176, 307 ff.
- Hoyer*, Der Synallagmagedanke im Arbeitsverhältnis und sein Einfluß auf Ansprüche des Arbeitnehmers bei Wegfall oder Verminderung der Arbeitsleistung, wie er sich in der Rechtsprechung des BAG darstellt, Diss. Göttingen 1972.
- Huber*, Die Haftung des Geschäftsherrn für schuldlos erlittene Schäden des Geschäftsführers beim Auftrag und der berechtigten GoA, Diss. München 1965.
- Huber*, Zur Konzentration beim Gattungskauf, in: Beiträge zum Zivil- und Wirtschaftsrecht, Festschrift für Ballerstedt, Berlin 1975, S. 327 ff.
- Verschulden, Gefährdung und Adäquanz, in: Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für E. Wahl, Heidelberg 1973, S. 301 ff.
 - Zivilrechtliche Fahrlässigkeit, in: Festschrift für E. R. Huber, Göttingen 1973.
 - Mängelhaftung beim Kauf von Gesellschaftsanteilen, ZGR, 72, 395 ff.
 - Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage, JuS 72, 57 ff.
 - Einige Probleme des Rechts der Leistungsstörungen im Lichte des Haager einheitlichen Kaufgesetzes, JZ 74, 433 ff.
- Hubmann*, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl. 1974.
- Hübner*, Soziale Sicherheit und Rechtsstellung als Methodenproblem, in: Freie Mitarbeiter in Rundfunkanstalten, München 1973, S. 5 ff.
- Hübner*, Schadenszurechnung nach Risikosphären, Berlin 1974.

- Hueck*, Kann eine durch den Krieg verursachte Preissteigerung den Verkäufer von der Lieferungsverpflichtung befreien?, DJZ 1916, 855 ff.
- Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, München 1947.
 - Das Recht der offenen Handelsgesellschaft, 4. Aufl., Berlin 1971.
 - Anmerkung zu AP Nr. 28 zu § 611 BGB „Haftung des Arbeitnehmers“.
- Hueck*, Einige Gedanken zum Begriff des Arbeitnehmers, RdA 69, 216 ff.
- Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Auflage, Band I, Berlin-Frankfurt a.M., 1963.
- Hueck-Hueck*, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl., München 1974.
- Huffer*, Das partiarische Geschäft als Rechtstypus, Diss. München 1970.
- Hüffer*, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, Berlin 1976.
- Huhn*, Problem des Werkvertragsrechts, in: Vertragsschuldverhältnisse (ohne Kaufrecht) München 1974.
- Immenga*, Fehler oder zugesicherte Eigenschaft?, AcP 171 (1971), S. 1 ff.
- Isele*, Das Arbeitsverhältnis in der Zivilrechtsordnung, Juristenjahrbuch, Bd. 8 (1967/68), S. 63 ff.
- Empfiehlt es sich, die Haftung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber abweichend vom Schuldrecht des BGB zu regeln?, NJW 74, 1441 ff.
 - Geschäftsbesorgung, Marburg 1935.
 - Anmerkung, NJW 63, 1100.
 - Die Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers, JuS 62, 184 ff.
- Jaeggi*, Kapital und Arbeit in der Bundesrepublik, Frankfurt a.M./1973.
- Jagenburg*, Die Rechtsprechung zum privaten Bau- und Bauvertragsrecht im Jahr 1971, NJW 72, 1297.
- Jakobs*, Unmöglichkeit und Nichterfüllung, Bonn 1969.
- Die zahnärztliche Heilbehandlung als Werkleistung, NJW 75, 1437 ff.
- Jhering*, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract, JherJb 3 (1859), 449; 4 (1860), 366.
- Der Zweck im Recht, 2. Aufl., Bd. I, Leipzig 1884.
- Jessen*, Der gerechte Preis als allgemeines Problem der Gegenwart, in: Der gerechte Preis, Berlin 1940.
- Jobs*, Die Bedeutung Otto von Gierkes für die Kennzeichnung des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis, ZfA 1972, 305 ff.
- Jörgensen*, Die skandinavische Lehre der Vertragsverletzung, in: Festschrift für K. Larenz, München 1973, S. 549 ff.
- Jorns*, Das Betriebsrisiko unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkrieg, Heidelberg 1957.
- Kalb*, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, Berlin 1977.
- Kantzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbes, Göttingen 1966.
- Kaufmann*, Arbeitsmarkt und Wettbewerbspolitik, Bern u. Stuttgart 1971.
- Kaufmann*, Der Einfluß des Mitbestimmungsrechtes auf die Verteilung des Betriebsrisikos, RdA 52, 448.
- Kaulla*, Die geschichtliche Entwicklung der modernen Werttheorie, Tübingen 1906.
- Kegel*, Besprechung von Flume, Eigenschaftsirrtrum und Kauf, AcP 150 (1949), 356 ff.
- Empfiehlt es sich, den Einfluß grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn?, Verhandlungen des 40. DJT, Band I (1953), S. 135 ff, Tübingen 1953.
- Kegel-Rupp-Zweigert*, Die Einwirkung des Krieges auf Verträge in der Rechtsprechung, Berlin 1941.
- Kirchhoff*, Der Übergang von Nachlieferungs- und Nachbesserungsanspruch zu Rücktritt bzw. Wandlung beim Kauf, NJW 70, 2052.

- Kisch*, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (zit. Unmöglichkeit), Jena 1900.
- Handbuch des deutschen Patentrechtes, Leipzig 1923.
- Kleinedam*, Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena 1900.
- Kliege*, Rechtsprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse, Göttingen 1966.
- Knapp*, Recht der Handelsvertreter, Frankfurt a.M. 1974.
- Knütel*, Weisungen bei Geschäftsbesorgungsverhältnissen, ZHR 137, 285 ff.
- Koch*, Zur Neuregelung der Gastwirthaftung, VersR 1966, 705.
- Köhler*, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971.
- Köndgen*, Haftpflichtfunktion und Immaterialschaden, Berlin 1976.
- König*, Das Problem des Betriebsrisikos, RdA 48, 54 ff.
- Koenigs*, Mitbestimmung und Betriebsrisiko, DB 51, 897 ff.
- Kötz*, Deliktsrecht, Frankfurt a.M. 1976.
- Kohler*, Der Gläubigerverzug, ArchBürgR 13 (1897) S. 149 ff.
- Koller*, Aufgedrängte Bereicherung und Wertersatz bei der Wandlung im Werkvertrags- sowie Kaufrecht, DB 1974, 2385 ff.
- Der Gleichheitsmaßstab im Diskriminierungsverbot, Stuttgart 1972.
 - Vertragsbindung und willkürlicher Rücktritt des Reisenden beim Personenbeförderungsvertrag, BB 73, 1560 ff.
- Konzen*, Die Entwicklung der Rechtsprechung des BAG im Jahre 1970, ZfA 1972, 131 ff.
- Kraft*, Anmerkung, NJW 53, 1751 ff.
- Kramer*, Die „Krise“ des liberalen Vertragsdenkens, Marburg/Salzburg 1974.
- Krasnitzky*, Die Lehre vom Betriebsrisiko, Diss. Frankfurt 1971.
- Kreifels/H. Lang*, Der Ausgleichsanspruch des Vertragshändlers, NJW 70, 1769.
- Krelle*, Unsicherheit und Risiko in der Preisbildung, Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften, 1957, 632 ff.
- Preistheorie, Tübingen-Zürich 1961.
 - Lohn I, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. VII, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961.
- Kress*, Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts, München 1929.
- Kreutz*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes im Jahr 1972, ZfA 1973, 321 ff.
- Kromphardt*, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), Bd. VIII, S. 477 ff „Preis II“.
- Krückmann*, Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, AcP 131, 1 ff.
- Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, AcP 116, 157 ff.
 - Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß, zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz, AcP 101 (1907), 1 ff.
 - Gewährung, Gefährtragung und der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, Stuttgart 1936.
 - Unmöglichkeit der Leistung infolge des Krieges, LZ 18, 1961 ff.
- Kuchinke*, Die Haftung des versendungspflichtigen Verkäufers und Werkunternehmers bei Selbstausführung des Transportes, Festschrift für H. Lange, S. 259 ff, München 1970.
- Küchenhoff*, Die Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers im Betriebe bei gefährlicher Arbeit, Festschrift Nottarp, Karlsruhe 1961, S. 153 ff.
- Aufwendung und Opfer im Arbeitsrechtsverhältnis, RdA 63, 7 ff.
- Lange*, Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke, Karlsruhe 1958.
- Adäquanztheorie, Rechtswidrigkeitszusammenhang, Schutzzwecklehre und selbständige Zurechnungselemente, JZ 76, 198 ff.

- Larenz*, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (zit. GG), 2. Aufl., München und Berlin 1957.
- Prinzipien der Schadenszurechnung, JuS 1965, 373 ff.
 - Anmerkung, SAE 1962, 197 ff.
 - Das Zurückbehaltungsrecht im dreiseitigen Rechtsverhältnis, in: Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972, S. 193 ff.
 - Geschäftsgrundlage und Darlehensvertrag, DB 52, 116 ff.
 - Lehrbuch des Schuldrechts (zit. SchR), Erster Band, 11. Aufl., München 1976.
 - Lehrbuch des Schuldrechts (zit. SchR), Zweiter Band, 10. Aufl. München 1972.
 - Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., München 1972.
 - Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. Berlin – New York 1975.
 - Originäre Rechtssachverhalte, in: Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz, Festgabe für G. Husserl, 1969, Frankfurt a. M.
- Leenen*, Typus und Rechtsfindung, Berlin 1971.
- Lehmann*, Die Enthaltung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen, ZHR 79, 96 ff.
- Die Geldentwertung als Gesetzgebungsproblem des Privatrechts, Berlin 1922.
- Lehmann-Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1966.
- Lemppennau*, Gattungsschuld und Beschaffungspflicht, Berlin 1972.
- Lenel*, Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, AcP 123, 161 ff.
- Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, Tübingen 1975.
- Leiser*, Schadensersatz wegen Sachmängel. Rechtshistorisches zu § 463 BGB, in: Festschrift für Ludwig Schnorr v. Carolsfeld zum 70. Geburtstag, Köln-Berlin-Bonn-München 1972, S. 299 ff.
- Lichtenberg*, Berufliches Haftpflichtrisiko und Versicherungsschutz des Arbeitnehmers, München 1976.
- Lieb*, Arbeitsrecht, Karlsruhe 1975.
- Kritische Gedanken zum tarifdispositiven Richterrecht, RdA 72, 129 ff.
 - Die Schutzbedürftigkeit arbeitnehmerähnlicher Personen – Überlegungen zur individual- und kollektivrechtlichen Stellung sogenannter freier Mitarbeiter aus Anlaß des geplanten § 12a TVG, RdA 74, 257 ff.
- Lindenmaier*, Die Haftung des Patentinhabers bei Veräußerung des Patents und Lizenzbestellung, GRUR 1955, 507 ff.
- Das Patentgesetz, 6. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1973.
- Locher*, Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck, AcP 121, 1 ff.
- Lobe*, Clausula rebus sic stantibus, DRZ 1923, 126 ff.
- Loewe*, Anmerkung, NJW 71, 2303.
- Löwisch*, Arbeitskampf und Vertragserfüllung, AcP 174, 202 ff.
- Lohnansprüche bei Arbeitsausfall infolge von Arbeitskämpfen, RdH 67, 45 ff.
- Loos*, Mängelhaftung für schuldrechtliche Verbindlichkeiten bei Verkauf von Aktien und GmbH-Anteilen, MDR 62, 172.
- Lorenz*, Anmerkung, SAE 71, 203.
- Der tu-quoque-Einwand beim Rücktritt der selbst vertragsuntreuen Partei wegen Vertragsverletzung des Gegners, JuS 72, 311 ff.
- Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, Leipzig 1902.
- Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, Karlsruhe 1966.
- Lüderitz-Müntenzwei*, Bürgerliches Recht: Der weiße Chevrolet, JuS 1970, 182 ff.
- Machlup*, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), Bd. 12, S. 36 ff. „Wettbewerb III“, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1965.
- Maier*, Der gerechte Preis, seine theoretischen Grundlagen in Gegenwart und Vergangenheit, Diss. München 1940.

- Malzer*, Haftung für Rechtsmängel bei der Übertragung des Rechts aus dem Patent, GRUR 64, 349 ff.
- Mann*, Geldentwertung und Recht, NJW 74, 1297 ff.
- Marton*, Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, AcP 162, 1.
- Mataja*, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der Nationalökonomie, Leipzig 1888.
- Maurer*, in: Arbeitsrecht (AR) – Blattei, begründet von F. Sitzler, Stuttgart o. J.
- Maus*, Recht des Arbeitsvertrages, Leipzig-Frankfurt.
- Mavridis*, Eingliederungstheorie, Vertragstheorie und Gemeinschaftsverhältnis, RdA 56, 444 ff.
- v. Maydell*, Geldschuld und Geldwert, München 1974.
- Mayer-Maly*, Die Wiederkehr der culpa levisima, AcP 163, 114 ff.
- Der liberale Gedanke und das Recht, Festschrift für A. Märkl, 1970.
 - Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, JZ 61, 205 ff.
 - Arbeitsrecht und Privatrechtsordnung, Tübingen 1961.
 - Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 45. DJT, Bd. II, S. G/40.
 - Der gerechte Preis, in: Festschrift Heinrich Demelius zum 80. Geburtstag, Erlebtes Recht in Geschichte und Gegenwart, Wien 1973, S. 139 ff.
 - Haftung des Arbeitnehmers, in: Arbeitsrecht – Blattei, Handbuch für die Praxis, herausgegeben v. F. Sitzler, Stuttgart o. J.
- Mayer-Maly/H. C. Nipperdey*, Risikoverteilung in mittelbar von rechtmäßigen Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben, Tübingen 1965.
- Medicus*, Zur Funktion der Leistungsunmöglichkeit im römischen Recht, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 86 (1969), S. 67 ff.
- Bürgerliches Recht, 7. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1975.
 - Anmerkung, JZ 73, 369 ff.
 - Die konkretisierte Gattungsschuld, JuS 1966, 297 ff.
- Mediger*, Auswirkungen der Patentvernichtung, GRUR 68, 564.
- Meincke*, Rechtsfolgen nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung beim gegenseitigen Vertrag, AcP 171, 19 ff.
- Meissinger*, Der freie Unternehmer und das Betriebsrisiko, RdA 49, 45 ff.
- Mestmäcker*, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, AcP 168, 235 ff.
- Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 64, 441 ff.
- Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im bürgerlichen Recht, Stuttgart 1967.
- Mertens/E. Rehbinder*, Internationales Kaufrecht, Frankfurt a. M. 1975.
- Meumann*, Prolegomena zu einem System des Vermögensrechtes, 1. Abt., Breslau 1903.
- Michaelis*, Beiträge zur Gliederung des Schadensrechts, Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien, Heft 24, Leipzig 1943.
- Möhring*, Mitteilungen der deutschen Patentanwälte, 1969, 297 ff.
- Mommens*, Beiträge zum Obligationenrecht, 1 Abth., Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, 1853–55.
- Morris*, Hazardous Enterprises and Risk Bearing Capacity, 61 Yale Law Journal, 1172 (1952).
- Moser v. Filseck*, Anmerkung, GRUR 69, 411 f.
- Motive* zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1896.
- Müller*, Der Gedanke des sozialen Staates in der bisherigen Rechtsprechung des BAG, DB 56, 524.
- Müller*, Der Wert der Unternehmung, JuS 75, 489 ff.
- Müller-Erbach*, Deutsches Handelsrecht, Tübingen 1928.
- Gefährdungshaftung und Gefahrtragung, AcP 106, 309 ff.
 - Die Interessen- und Machtlage beim Kauf und deren Haupteinwirkung auf die Rechtsgestaltung in: Festschrift für H. Lehmann zum 60. Geburtstag, Berlin 1937, S. 141 ff.

Müller-Henneberg-Schwartz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München, 1963.

Muth/H.-J. Lehmann, Kraftverkehrsordnung, 2. Aufl. 1971.

Neumann-Duesberg, Abgrenzung zwischen Betriebsrisiko, Unmöglichkeit und Annahmeverzug, JuS 1970, 68 ff.

– Gewährleistung für Unternehmensmängel bei Verkauf von Gesellschaftsanteilen, WM 68, 494 ff.

– Anfängliche Unmöglichkeit bei höchstpersönlichen Dienstleistungen, BB 70, 1462 ff.

– Haftungsbeschränkung bei schadensgeneigter Tätigkeit außerhalb des Arbeitsverhältnisses, JZ 64, 433 ff.

Nicklisch, Risikoverteilung im Werkvertragsrecht bei Anweisungen des Bestellers, in: Festschrift für F. W. Bosch, Bielefeld 1976, S. 731 ff.

Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl. 1961.

Nipperdey, Vertragstreue und Nichtzumutbarkeit der Leistung, Mannheim – Berlin – Leipzig 1921.

– Handelsvertreter und Eigen (Vertrags) Händler. Der Ausgleichsanspruch des § 89b HGB in: Festschrift für J. W. Hedemann zum 80. Geburtstag, Berlin 1958, S. 207 ff.

Nirk, Die Einordnung der Gewährleistungsansprüche und Leistungsstörungen bei Verträgen über Patente des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in: Festschrift für Gunter Wilde, München 1970 und GRUR 70, 329 ff.

Oberparleitner, Funktionen- und Risikenlehre des Warenhandels, 1. Auflage, Wien.

– Funktionen und Risiken des Warenhandels, 2. Auflage, Wien 1955.

Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, Leipzig-Erlangen 1921.

– Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, AcP 116, S. 1 ff.

– Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.

– Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, LZ 1927, 1177 ff.

– Anfängliches Leistungsvermögen, AcP 140, 129 ff.

– Die Folgen der Herstellungsverteuerung in der deutschen Industrie, JW 21, 1512.

– Doppelseitiger Irrtum beim Vertragsschlusse, AcP 117, 275 ff.

– Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, 3. u. 4. Auflage, Berlin 1910.

v. Olshausen – Schmidt, Automatenrecht, Berlin 1972.

Oser, Kommentar zum Obligationenrecht, Zürich 1915.

Otto, Personale Freiheit und soziale Bindung, München 1978.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 35. Auflage, München 1976.

Pesch, Lohnvertrag und gerechter Lohn, Stimmen aus Maria Laach, Bd. 52, Freiburg 1897.

Pfaff, Die Clausel: Rebus sic stantibus in der Doctrin und der österreichischen Gesetzgebung, in: Festschrift zum 70. Geburtstag SR. Excellenz Dr. Joseph Unger, Stuttgart 1898.

Petev, Zur Neuregelung des Reiseveranstaltungsvertrages, JZ 76, 632 ff.

Philipp, Risiko und Risikopolitik, Stuttgart 1967.

Planck, Kommentar zum BGB, Bd. II, 2. Auflage, Berlin 1903–1908.

Planck-Siber, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II 1, 4. Auflage, Berlin 1914.

Plum, Anmerkung, JW 23, 285.

Polinsky, Economic Analysis as a potentially defectiv Product: A buyers guide to Posners Economic Analysis of Law, 87 Harvard Law Review, 1655 ff. (1974).

Pothhoff, Der Träger der Gefahr im Arbeitsverhältnis, JW 22, 551.

– Protokolle der Kommission zur Beratung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Nürnberg 1857.

– Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.

- Prüssmann*, Seehandelsrecht, München 1968.
- Posner*, Economic Analysis of Law, Boston-Toronto 1972.
- Strict Liability: A Comment, 2 Journal of Legal Studies, 205 ff, (1973).
- Preiser*, Bildung und Verteilung von Volkseinkommen, 3. Auflage, Göttingen 1963.
- Prölss*, Versicherungsvertragsgesetz, 20. Auflage, München 1975.
- Raape*, Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf, AcP 150 (1949), S. 481 ff.
- Rabel*, Unmöglichkeit der Leistung, in: Aus dem Römischen und Bürgerlichen Recht, Festschrift für E. Becker, Weimar o. J.
- Über Unmöglichkeit der Leistung und heutige Praxis, RheinZt, 1911, 467 ff.
- Das Recht des Warenkaufs, Bd. I, Berlin u. Leipzig 1936.
- Das Recht des Warenkaufs, Bd. II.
- Anmerkung, JW 21, 1598.
- Raiser*, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960, Karlsruhe 1960, S. 101 ff.
- Ramm*, Besprechung von Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, JZ 68, 479 ff.
- Rasch*, Der Lizenzvertrag in rechtsvergleichender Darstellung, Berlin 1933.
- Regelsberger*, Tragung der Gefahr beim Genuskauf, AcP 49, 183 ff.
- Reichert-Facilides*, Geldwertschwankungen und Privatrecht, JZ 69, 617 ff.
- Reinecke*, Objektive Verantwortung im zivilen Deliktsrecht, Düsseldorf 1960.
- Reuß*, Der Begriff des Betriebsrisikos, DAR 42, 150 ff.
- Reuter*, Betriebsverfassung und Privatautonomie, ZfA 75, 85 ff.
- Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, Frankfurt 1973.
- Die freie Wahl des Arbeitsplatzes – ein nicht realisierbares Grundrecht?, RdA 73, 345.
- Richardi*, Arbeitsrecht und Zivilrecht, ZfA 1974, 3 ff.
- Streitfragen aus dem ersten Arbeitsrechtsbereinigungsgesetz, ZfA 71, 73 ff.
- Entwicklungstendenzen der Treue- und Fürsorgepflicht in Deutschland, in: Treue und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht, herausgegeben von T. Tomandl, Wien – Stuttgart 1975.
- Arbeitsrecht, Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Karlsruhe 1972.
- Rittner*, Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagma, in: Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung, Festschrift für H. Lange, München 1970, S. 213 ff.
- Röhrmann*, Die Pflicht des Vermieters zur Aufnahme eines Ersatzmieters, NJW 71, 787.
- Roth*, Das nachträgliche Unvermögen des Schuldners, JuS 68, 101 ff.
- Rother*, Besprechung von V. Beuthien, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, AcP 170, 453 ff.
- Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München – Berlin 1965.
- Rothoef*, System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung, Tübingen 1968.
- Faktoren der Risikoverteilung, AcP 170, 230.
- Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.
- Rümelin*, Schadensersatz ohne Verschulden, Tübingen 1910.
- Der Zufall im Recht, Freiburg – Leipzig.
- Die Gründe der Schadenszurechnung und die Stellung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zur objektiven Schadensersatzpflicht, Freiburg 1896.
- Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, Tübingen 1968.
- Rundnagel*, Beförderungsgeschäfte, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. V, II. Abt., Leipzig 1915.
- Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972.
- Zielkonflikte und Koordinationsprobleme im deutschen und europäischen Kartellrecht, Düsseldorf 1972.
- Sandrock*, Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. I, Berlin – New York 1975.

- v. Savigny, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts, Berlin 1853–55.
- Schachtschabel, Der gerechte Preis, Geschichte einer wirtschaftsethischen Idee, Berlin 1939.
- Schaps – Abraham, Das deutsche Seerecht, Bd. II, Berlin 1962.
- Schaub, Arbeitsrechtshandbuch, 2. Aufl., München 1975.
- Schaumburg, Haftung des Verkäufers für fahrlässige Falschangaben bei Kaufabschluß?, MDR 75, 105 ff.
- Scheinert, Haftung bei schadensgeneigter Arbeit, Die Versicherungs-Praxis 1975, 34 ff, 52 ff.
- v. Schenk, Der Begriff der „Sphäre“ in der Rechtswissenschaft, insbesondere als Grundlage der Schadenszurechnung, Diss. Hamburg 1950.
- Scheuerle, Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleiches, RdA 58, 247 ff.
- v. Schey, Empfiehlt sich die Anwendung des Begriffes der höheren Gewalt im bürgerlichen Recht?, Verhandlungen des 22. DJT, Bd. II, S. 41 ff, Berlin 1892.
- Schilcher, Jur Blätter 1964, 295.
- Schlechtriem, Vertragsordnung und außervertragliche Haftung, Frankfurt a.M. 1972.
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin – Frankfurt 1966.
- Schlegelberger – Liesecke, Seehandelsrecht, 2. Aufl., Berlin – Frankfurt 1964.
- Schlosser, Anmerkung, JZ 69, 336.
- Schloßmann, Der Vertrag, 1876.
- Schlüter, in: Gutmann – Hochstrate, – Schlüter, Die Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1964.
- Schmidt, US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.
- Schmidt, Darlehensversprechen, Darlehensklage, Geschäftsgrundlage – BGH, LM § 607 BGB Nr. 18, JuS 76, 709 ff.
- Schmidt-Rimpler, Zum Vertragsproblem, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift L. Raiser, Tübingen 1974, S. 3 ff.
- Der Handlungsagent, in: Ehrenberg, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 5. Band, 1. Abteilung, 1. Hälfte, S. 1 ff.
 - Zum Problem der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Nipperdey zum 60. Geburtstag, München u. Berlin 1955, S. 1 ff.
 - Zum Begriff der Versicherung, VersR 1963, 493 ff.
 - Die Gegenseitigkeit bei einseitig bedingten Verträgen, Stuttgart 1968.
 - Das Kommissionsgeschäft, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. V, 1. Abteilung, S. 477 ff, Leipzig 1928.
- Schmidt-Salzer, Produktenhaftung, Heidelberg 1972.
- Schnorr, Anmerkung zu BAG, AP Nr. 6 zu § 611 BGB „Abhängigkeit“.
- Schoeppner, Grenzen der Lohnpolitik, München 1971.
- Schnorr v. Carolsfeld, Das Arbeitsverhältnis als Rechtskomplex, RdA 69, 238 ff.
- Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechtes, RdA 64, 297 ff.
 - Arbeitsrecht, 2. Aufl., Göttingen 1954.
 - Zur subjektiven und zur objektiven Unmöglichkeit, in: Festschrift für R. Reinhardt, Köln-Marienburg 1972, S. 151 ff.
- Schulz, Preisgefahr und Gehilfenhaftung beim Versendungskauf, JZ 75, 240 ff.
- Schulze-Osterloh, Der gemeinsame Zweck der Personengesellschaft, Berlin – New York 1973.
- Schwenk, Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel nach dem Uniform Commercial Code und dem Einheitlichen Gesetz über den Internationalen Kauf beweglicher Sachen, RabelsZ 35 (1971), S. 645 ff.
- Schwerdtner, Das patentrechtliche Nichtigkeitsurteil und seine zivilprozessualen und zivilrechtlichen Auswirkungen, GRUR 68, 9 ff.
- Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970.
- Sellner, Haftung des Grundstückverkäufers für planungsrechtliche Baubeschränkungen, MDR 71, 169 ff.

- Seiter*, Streikrecht und Aussperrungsrecht, Tübingen 1975.
- Siebert*, Der Risikogedanke im Vertragsrecht, insbesondere im Versicherungsvertrag, in: Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft, herausgegeben von Walter Rohrbeck, Berlin 1954.
- Schadensersatz und Lohnfortzahlung, in: Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für H. Lehmann, Bd. II, Berlin 1956, S. 670 ff.
- Simitis*, Verbraucherschutz, Baden-Baden 1976.
- Simitis*, Bemerkungen zur rechtlichen Sonderstellung des Geldes, AcP 159, 406 ff.
- Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung geordnet werden? Gutachten zum 47. DJT, Verhandlungen des 47. DJT, Bd. I Teil C, München 1968.
- Simon*, Soll die Haftung des Produzenten gegenüber dem Verbraucher durch Gesetz, kann sie durch richterliche Fortbildung des Rechtes geordnet werden? In welchem Sinne?, Verhandlungen des 47. DJT, Bd. II, S. 11 ff, München 1968.
- Simshäuser*, Windscheids Voraussetzungslehre rediviva, AcP 1972, 19 ff.
- Sievekling*, Transporthindernisse beim Versendungskauf, MDR 49, 329 ff.
- Söllner*, Ohne Arbeit kein Lohn, AcP 167 (1967), S. 132 ff.
- Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritt des mit der Leistung bezweckten Erfolges, AcP 163, 20 ff.
- Arbeitsrecht, 4. Aufl., Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1974.
- Besprechung von Wiedemann, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, AuR 68, 242 ff.
- Soergel*, Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1967.
- Spaeth*, Der Begriff der höheren Gewalt im deutschen und französischen Recht, Diss. Köln 1970.
- Süß*, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig 1931.
- Spann*, Tote u. lebendige Wissenschaft, 3. Auflage, Jena 1929.
- Staub*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Auflage, Berlin-Leipzig 1933.
- v. Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 10./11. Auflage, Berlin.
- v. Stebut*, Die Rechtsstellung von Arbeitnehmern bei Betriebsveräußerungen im Konkurs oder Vergleich, DB 75, 2438.
- Steindorff*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, Festschrift Lorenz, München 1973, S. 217 ff.
- Wirtschaftsordnung- und Steuerung durch Privatrecht?, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift L. Raiser, Tübingen 1974, S. 621 ff.
- Vereitelte Ansprüche und Wettbewerbsverbote des Handelsvertreters, ZHR 130, 82 ff.
- Wirtschaftsrechtliche Maßstäbe im Arbeitsrecht, RdA 1965, 253 ff.
- Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959, 1 ff.
- Bemerkungen zur Haftung des Arbeitnehmers für die von ihm verursachten Schäden, AuR 1966, 66.
- Wertersatz für Schäden als Aufwendungsersatz im Arbeits- und Handelsrecht, in: Vom Deutschen zum Europäischen Recht, Festschrift für H. Dölle, Tübingen 1963.
- Stötter*, Versuch zur Präzisierung des Begriffes der mangelhaften Geschäftsgrundlage, AcP 166, 149 ff.
- Zur rechtssystematischen Einordnung des § 779 BGB und des gemeinsamen Motivirrtums, JZ 63, 125 f.
- Die Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, JZ 67, 147 ff.
- Stoll*, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen 1936.
- Strätz*, Aushöhlung des Käuferschutzes beim finanzierten Abzahlungskauf, JR 72, 95.
- Streißler*, in: Handbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), Bd. VIII, S. 4 ff „Nutzen“, Stuttgart – Tübingen – Göttingen 1961.
- Studienkommentar* zum BGB, bearbeitet von Beuthien u. a., Frankfurt 1975.

- Tetzner*, Das materielle Patentrecht der Bundesrepublik Deutschland, Darmstadt 1972.
- Teubner*, Gegenseitige Vertragsuntreue, Tübingen 1972.
- Thees*, Zur zweiten Verordnung zur Ergänzung und Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes, DJ 1943, 281.
- Teichmann*, Leistungsstörungen und Geschäftsgrundlage, München 1976.
- Thöl*, Das Handelsrecht, Bd. I, 3. Aufl., Göttingen 1854.
- Das Handelsrecht, Erster Band, zweite Abtheilung, 5. Aufl., Leipzig 1876.
- Titze*, Unmöglichkeit und Ungewißheit, 1905.
- Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.
- Zur Risikofrage im Arbeitsverhältnis, JW 22, 548.
- Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, Wien – New York 1971.
- Der Lohnanspruch Arbeitswilliger im Arbeitskampf, AcP 164 (1964), 183 ff.
- Trautmann*, Unmöglichkeit der Leistung u. Annahmeverzug beim Arbeitsvertrag, Gruch 59 (1915), 434 ff.
- Trenk-Hinterberger*, Die Garantiehaftung des Vermieters – BGH, LM § 537 BGB Nr. 19, JuS 75, 501.
- Trimarchi*, Die Regelung der Vertragshaftung aus ökonomischer Sicht, ZHR 136 (1972), 118 ff.
- v. Thur*, Irrtum über die Grundlage des Vertrages, LZ 1921, 152 ff.
- Unger*, Handeln auf eigene Gefahr, JherJb 30, 363 ff.
- Ulmer*, Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung, AcP 174 (1974), S. 167 ff.
- Der Vertragshändler, München 1969.
- Vollkommer*, Der Schutz des Käufers beim B-Geschäft des „finanzierten Abzahlungskaufes“, in Festschrift Larenz, München 1973, S. 703 ff.
- Vortisch-Zschukke*, Binnenschiffahrts- und Flößereirecht, 3. Aufl., Berlin 1964.
- Wächter*, Über die Frage: Wer hat die Gefahr bei Obligationen zu tragen, AcP 15 (1832), 97 ff, 188 ff.
- Walz*, Marktbezogener Umweltschutz und privatrechtlicher Immissionsschutz, in: Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen, Festschrift für L. Raiser, Tübingen 1974.
- Weber/H. Albert*, in Handwörterbuch der Sozialwissenschaften (HdSW), Bd. XI, S. 637 ff, „Wert“, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1961.
- Weick*, Bewertung typischer Geschäftsformen oder Schutz in Härtefällen, JZ 1974, 13 ff.
- Welker*, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung, Berlin 1974.
- Werner*, Die Haftung des Herbergswirtes, Jur. Analysen 1971, S. 539 ff.
- Weyers*, Unfallschäden. Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Frankfurt a.M. 1971.
- Wieacker*, Gemeinschaftlicher Irrtum des Vertragspartners und Clausula rebus sic stantibus, in: Festschrift Wilburg, S. 229 ff.
- Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht, in: Festschrift für Hans Karl Nipperdey zum 70. Geburtstag, München und Berlin 1965, Bd. I, S. 783 ff.
- Wiedemann*, Das Arbeitsverhältnis als Austausch- und Gemeinschaftsverhältnis, Karlsruhe 1966.
- Die Haftung des Verkäufers von Gesellschaftsanteilen für Mängel des Unternehmens, in: Festschrift für Hans Karl Nipperdey, Bd. I, München – Berlin 1965.
- Wieling*, Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst, AcP 176, 334 ff.
- Synallagma bei Nichtigkeit und gesetzlicher Rücktritt, JuS 73, 397.
- Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen, AcP 169, 137 ff.
- Wieser*, Weshalb berechtigt der Eigenschaftsirrtum zur Anfechtung?, in: Recht und Staat, Festschrift für G. Küchenhoff, Berlin 1972, S. 409 ff.
- Der Kalkulationsirrtum, NJW 72, 708 ff.

- Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts, Marburg 1941.
- Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163, 346 ff.
- Willgerodt*, Die gesellschaftliche Aneignung privater Leistungserfolge, in: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung, Festschrift für Franz Böhm zum 80. Geburtstag, Tübingen 1975, S. 686 ff.
- Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 5. Aufl., Bd. I, Frankfurt a.M. 1882.
- Wirtz*, Völkerrechtliche Restitution und Rechtsmängelhaftung, NJW 49, 658 f.
- Wolf*, Das Arbeitsverhältnis, Marburg 1970.
- Wolf*, Neue Literatur zum Synallagma, JurA 1969, S. 119 ff.
- Woll*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 4. Aufl., München 1974.
- Wollenschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Köln-Wien 1970.
- Wollny*, Die tatbestandlichen Voraussetzungen der Geschäftsgrundlage, Diss. Würzburg 1973.
- Wolters*, Strategien der Verhandlungsführung, Berlin 1976.
- Wüstendörfer*, Neuzeitliches Seehandelsrecht, Hamburg 1947.
- Zachert*, Gefährdungshaftung und Haftung aus vermutetem Verschulden im deutschen und französischen Recht, Frankfurt und Berlin 1971.
- Zeiss*, Der rechtliche Grund für Schuldanerkenntnisse und Sicherheitsleistungen, AcP 174, 50 ff.
- Gerichtliche Änderung vertraglich vereinbarter Preise?, NJW 64, 477 ff.
- Zeuner*, Überlegungen zum Begriff des Arbeitnehmers und zum Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Regeln, RdA 75, 84 ff.
- Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.
- Zöllner*, Privatautonomie und Arbeitsverhältnis, AcP 176, 221 ff.
- Die Einwirkung der erweiterten Mitbestimmung auf das Arbeitsrecht, RdA 69, 65.
 - Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974.
 - Unternehmerische Mitbestimmung und Einzelarbeitsverhältnis, in: Festschrift für E. Fechner, S. 155 ff, Tübingen 1973.
 - Arbeitsrecht, München 1977.
- Zwiedineck-Südenhorst*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., 1948.

SACHVERZEICHNIS

- Abgabenschuldverhältnisse 56f, 238, 272, 303
- Abhängigkeit 394
- Abschlepp-Fall 289
- Absorption 72, 89ff, 178ff
 - Absorptionsprinzip, Adressat 91f
 - Abwälzbarkeit über die Preise 92f
 - Annahmeverzug 179ff
 - Aufgabe des Absorptionsprinzips 89ff
 - bessere Absorptionsmöglichkeiten des Schuldners 186ff
 - Absorptionsprinzip, immanente Grenzen 95
 - Absorptionsprinzip, Verhältnis zur abstrakten Beherrschbarkeit 94f
- Absorptionsvorsprung 74
 - des Schuldners, Miete 188f
 - Vorrang vor Beherrschbarkeitsvorsprung 189
- abstrakte Beherrschbarkeit, s. Beherrschbarkeit, abstrakte
- Abtretung 148
- Abwälzbarkeit, s. Externalisierung, s. Absorption
- ab-Werk-Preise 174
- Abwicklungsdauer, s. Geschäftsgrundlage
- Angemessenheit 50
- Angestellte, Haftung für 127
 - leitende 409
- Annahmeverzug 12, 132ff, 179ff
 - nachträgliches Unmöglichwerden 64
 - Werkvertrag 245
- Anpassung des Vertrages 241f, 358, 371
- Anweisungen, s. Weisungen
- Äquivalenz, materielle 402ff
 - objektive 29
 - subjektive 40ff, 326
- Äquivalenzmaßstab, empirisch 42
 - objektiver 42f
- Äquivalenzstörung 209, 374
 - homogene 335
 - schwere 39f, 228
 - subjektive 307, 321, 328f, 334
- Affektationsinteressen 79
- Allokation, optimale 79ff, 238
- Arbeitnehmerähnlichkeit 415ff
- Arbeitskampf 237, 390
- Arbeitslöhne, Steigerung 216
- arbeitsrechtlicher Schutzgedanke 393ff
- Arbeitsteilung 27f, 49, 67, 96, 141, 151, 341
 - Spezialisierung 87, 92
- Arbeitsverhältnis 71ff, 383ff
- Arbeitsvertrag 383ff
- Auffangen von Risiken, s. Absorbierbarkeit
- Aufgebot 112
- Aufklärungspflicht 26
- Auftrag 172ff, 190, 293, 404
- Aufwand für Abwehrmaßnahmen 58ff
- Aufwand, nutzloser 8, s. auch Sekundärzweckstörung
 - nutzloser, Binnenschiffahrtsrecht 167ff
 - nutzloser, Miete 179f, 193ff
 - nutzloser, Seefracht 167ff
 - nutzloser, Transportrecht 179f
 - nutzloser, Werkvertragsrecht 179f, 193ff
- Aufwandserhöhung 1ff, 49ff, 132ff
 - s. Absorbierbarkeit
 - s. Beherrschbarkeit, abstrakte,
 - s. auch Geschäftsgrundlage
 - s. Veranlassung, arbeitsteilige
 - anfängliche 264ff
 - Begriff 209f
 - Beherrschbarkeit, Absorbierbarkeit durch Gläubiger 235f, 245f
 - Fehleinschätzung der zukünftigen Faktoren 209ff
 - hoheitliche Gewalt 212f
 - ideelle 4
 - Kaufvertrag 211ff
 - Marktänderungen 211f
 - nachträgliche, Darlehen 256
 - nachträgliche, Miete 250ff
 - nachträgliche, Sicherheiten 259ff
 - nachträgliche, Werkvertrag 244f
 - ursprüngliche Konzeption 13ff
 - Verlustkompensation 234f
 - Vorhersehbarkeit 217ff
 - Werklieferungsvertrag 211ff
- Aufwertung 209
- Ausgleich, fairer 27
- Auslegung des Vertrages 17, 34ff, 53, 145f, 378
 - ergänzende 39, 243f
- außergewöhnlich 45, 68, 88, 127, 231, 309

- Außergewöhnlichkeit, s. Geschäftsgrundlage
 Aussteuer-Fall 143, 312, 360
 Austauschgerechtigkeit, s. Vertragsgerechtigkeit
 Austauschverträge 4
 Auswirkungs-Kriterium 62ff
 Auswirkungstheorie 62ff, 213
- Baumwollsaatmehl-Fall 230
 Bauverbot, hoheitliches 339, 344f
 Bedürfnisbefriedigung, s. Sekundärzweckstörung
 – arbeitssteilig 49
 Bedürftigkeit, finanzielle 47, s. auch Sozialschutz
 Beharrungsinteressen 77, 187, 252, 255, 421
 Beherrschbarkeit 74
 Beherrschbarkeit, abstrakte 78ff, 100ff, 153ff
 – und Absorption 84, 249f
 – Adressat 84ff
 – alleinige, s. Beherrschbarkeit, abstrakte, einseitige
 – ausschließliche, s. Beherrschbarkeit, abstrakte, einseitige
 – Beherrschbarkeitsvorsprung 87, 100ff, 177
 – einseitige 87, 100
 – evidente Unbeherrschbarkeit 88, 95
 – gleichwertige 190ff
 – immanente Grenzen 88f
 – Intensität der Zurechnung 87ff
 – Unvorhersehbarkeit 88
 – zukunftsbezogene Risiken 119ff
 Beherrschbarkeit, konkrete, s. Fahrlässigkeit
 Benzintankanlagen-Fall 321
 Bereicherung, ungerechtfertigte 369ff
 Beschädigung von Gütern 120ff
 Beschaffungspflicht 32ff, 56ff, 237
 Betriebsrisiko 390ff, 423ff
 Betriebsstillegung 390
 Betriebsunfall 121
 Beweis 121ff
 Beweislastumkehr 121ff
 Billigkeit 157, 191
 Billigkeitsrechtsprechung 47
 Binnenschifffahrtsrecht 167ff
 Bockenheimer-Grundstückskauf-Fall 347
 Börsenkurs-Fälle 25f
 Bohrhämmer-Fall 314, 366
 Bonität 171f, 184f
 Bürgschaft 47
- casum sentit dominus 63
 Chance 45
- clausula rebus sic stantibus 16, siehe auch Geschäftsgrundlage
 conditio causa data, causa non secuta 368ff
 Darlehen 256ff
 deep pocket, s. Leistungskraft, finanzielle
 Deflation 5
 Devisenkurs 234
 Diebstahl 231
 Dienste, höhere 299, 301
 Dienstvertrag, höchstpersönlich 277
 Dienstverträge, Abgrenzung von Werksverträgen 169f
 Distanzfracht 167
 do ut des 10f, 167
 Drucksituation 72
 Durchbrechung, s. Korrektur
- Eisenbahntransport 120ff
 Embargo 138
 Enteignung 260
 Erbbaurecht 340
 Erbe 156
 Erbsen-Fall 213f
 Erfüllungszeitraum 139
 Erhöhung der Nutzbarkeit 375f
 Erkennbarkeit der eigenen Leistungsunfähigkeit 68
 Erkennbarkeit eines Planungsfehlers 22
 Existenzgefährdung 47, 89, 430
 Export 234
 Externalisierung 85, 91ff, 161, 163f, 181f, 188f, 291, 299
- Fachkunde 163f
 Fahrlässigkeit 58ff, 74, 79f, 162
 – in ökonomischer Sicht 58ff
 – Vorsorgeverschulden 226
 Fertighaus-Fall 350, 358
 Festungsbauten-Fall 369, 374f
 Fiktion, eines Willens 114
 finanzielle Ressourcen, s. Leistungskraft, finanzielle
 finanzierte Abzahlungsgeschäfte 351, 360
 Fixgeschäft 35
 Fixkosten, s. Geschäftsgrundlage
 Folgeschäden 162, 360
 Forderungskauf 171ff, 184f, 310f, 354
 Frachtführer 119ff
 Frost 130f
 Fürsorgegedanke 71, 398f
- Garantie 105, 118, 217, 269
 Gastwirtehaftung 122ff

- Gattungskauf 32 ff, 56, 66, 68, 116, 135 f, 212, 237 f, 303
- Deckung 219, 214 f, 231
- Gattungsschulden, Konkretisierung 134 ff
- Gebrauchsmusterrecht 108
- Gefälligkeit 172 f
- Gefahren, typische 126
- gefahrengeneigte Arbeit 71 ff, 383 ff, 402 ff
- Selbständiger 414
- Gefahrtragung 305
- Gefahrübergang 134 ff, 148, 152 ff, 302
- Geldleistungen 5
- Gemeingefahr 63
- gemeinsamer Vertragszweck 25
- Gemeinsamkeit 25, 28 f, 315, 387 ff
- Gemeinschaftsverhältnis, personenrechtliches 394, 398 f
- Genehmigungsvorbehalt, hoheitlicher 274
- generell – typisch 86 f
- Geräte, des Schuldners 186 ff
- Gerätevertriebs-Fall 341
- gerechter Preis 43, 415
- Gerechtigkeit, ausgleichende 18
- geschäftsführungsadäquat 192
- Geschäftsgrundlage 143, 371
- s. auch Primärzweckstörung
- s. auch Sekundärzweckstörung
- s. auch Aufwand, planungswidriger
- s. auch Aufwandserhöhung
- s. auch Aufwand, nutzloser
- Abwicklungsdauer von Verträgen 52
- allgemeine Geschäftsbedingungen 254
- allgemeine wirtschaftliche Verhältnisse 19 f
- Auslegung des Vertrages 34 ff
- Ausmaß der Störung 45
- Außergewöhnlichkeit 51, s. auch Außergewöhnlichkeit
- Erkennbarkeit 22
- Existenzvernichtung 52
- Fixkosten 52
- s. Gemeinsamkeit von Fehlvorstellungen
- Gewinne aus der Gegenleistung 46, s. auch Kompensation
- Gewinne aus Drittgeschäften 46, s. auch Kompensation
- Höhe des Entgelts 45
- Markpreis 41 f
- Miete 274
- Oertmann 19 f
- Opfergrenze 49
- Patentnichtigkeit 109
- redliche Denkweise 29
- Risikobereich 23
- Risikogeschäft 110 f
- Sicherheiten, s. Aufwandserhöhung
- Sinn des Versprechens 32 ff
- steigende Knappheit 42
- typisches Risiko 53
- Übervorteilung 29
- umfassende Interessenabwägung 44 ff
- Unverhältnismäßigkeit 49
- Unzumutbarkeit 44 ff, 49, 52
- venire contra factum proprium 29 f, 30 ff
- Verkauf von Forderungen 31 f
- Verkehrswert 38
- Vermeidbarkeit bei verkehrsüblicher Sorgfalt 45
- vertragliche Lücke 69
- Vertrag mit Behörde 47
- Vertragstypen 53
- Vorhersehbarkeit 217
- Wertungsgrundsätze einer Partei 29 f
- Widerspruch gegen Gerechtigkeit und Billigkeit 44 ff
- Zwecktauglichkeit 37 f
- Geschäftskreis, s. Sphäre
- Geschäftsraummiete 309
- Gesellschaft 191 f
- Gesellschaftsverträge 4
- Gewalt, hoheitliche 290
- gewerbliche Schutzrechte 108 ff
- Gewinn, Chance 81
- Gewinnchancen 309
- Gewinn- und Verlustgemeinschaft 4, 191 f
- Gewissensnot 4
- Gläubigerverzug, s. Annahmeverzug
- Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung, s. Äquivalenz
- Gleichheit der Gefahrenbelastung 9 ff
- GmbH 343
- Großhandel 219, 225
- Grundstück, Lage 344 f
- Grundstückskauf 305 f
- Händler 148
- Haftung 54
- Haftungsausschluß 269
- Haftungsbegrenzung 129 f
- Haverei 186
- heterogene Risiken 175
- Hilfsmittel des Schuldners 186 ff
- Hitze 130 f
- höchstpersönlich 102, 104
- höhere Gewalt 17, 122 ff, 155, 158, 223, 246, 318

- hoheitliche Gewalt 64, 66, 88, 125, 212f, 215f, 310, 316
- Holschulden 135ff
- homogener Mangel 118
- homogene Störung 282f, s. auch Risiko, homogen
- Hypothek 259ff, 326, 340

- Import 215, 234, 316
- Inflation 5, 40, 209, 225
- Information 82, 85f, 137, 141, 148, 160, 180, 269
- Inserat-Fall 319
- Interesse – Gefahr 95
- Internum 110, 138, 140, 270, 354
- Irrtum 101

- Kalkulierbarkeit 92, 163
- Kauf, Grundstück 112f
 - Mitgliedschaftsrechte 342f
 - Rechtes eines 104ff
 - Sachmängel, s. Sachmängelgewährleistung
- Kirchenportal-Fall 318
- Knappheitsveränderungen 48
- Kompensation 91
- Kompensationsgeschäft 213f
- Konkretisierung 99
- Korrektur, des ursprünglichen Risikoverteilungssystems 18ff
- Kosten der Leistung 41
- Kraftanstrengungs-Lehre 55
- Kraftverkehr 119ff
- Krankheit 56, 127, 167ff, 179f, 180, 237, 297f, 317
- Krieg 138, 212, 215, 225, 254
- Kriegseinwirkung 66
- Kriegsereignisse 125
- Krönungs-Fall 35, 317, 322
- Kündigung 299, 301, 391f
 - Miete 156f
- Kupferfolien-Fall 247
- Kursverfall 258

- laesio enormis 41, 229
- Lagerhaltung 212, 220
- Lagerisiko 303
- Lastenausgleichs-Fälle 326, 379f
- Leasing 119
- Lebensrisiko 192, 409, 418
- Lebensunterhalt 47
- Leiharbeitsverhältnis 404
- Leistungserfolg 35
- Leistungserleichterung 375f
- Leistungsfähigkeit, abstrakte 12
 - des Schuldners 50
 - des Schuldners, individuelle 14f
 - finanzielle 74, 89f, 123ff, 167, 232f
- Leistungsgefahr, s. Aufwandserhöhung bzw. Schadensersatz
- Leistungshindernis, allgemein nicht behebbbar 64, s. auch homogenes Risiko
- Leistungsinhalt 35
- Leistungskapazität 197, 201, 289, 294, 311ff
- Leistungskraft, finanzielle 90, 232f, 402
- Leistungsmängel, s. Leistungsfähigkeit
- Leistungssubstrat 62, 64, 247, 318
 - Untergang 157ff
 - Verschlechterung 157ff
- Leistungstempo 72
- Leistungsverzögerung 12, 239
- Leistungszweck 370
- Lieferant 149, 160, 162
- Liquidität 232
- Lizenzverträge 107ff

- Machtbereich 170, s. auch Sphäre
- Marikka Röck-Fall 317
- Marktänderungen 211f
- Marktmacht 86, 96, 232
- Marktpreis 225, 322
 - Irrtum 23
- Marktpreiserhöhung 209, 216
- Messezimmer-Fall 327, 335
- Miete 281ff
- Mietobjekt, Beschädigung 188ff
- Mietvertrag 250ff, 309
- Minderung 361
- Mitgliedschaftsrechte 342f
- Mitverschulden 83, 386
- Mitwirkungshandlungen, s. Annahmeverzug
- Mobilität 396
- Möbeltransport 120ff
- Monopol 81, 123, 395
- Monotonie 72, 385
- Motivirrtum, treuwidriges Ausnutzen 24

- Nachbesserung 115
- Nachfrage, potentielle 197
- Nachholbarkeit 12
- Näher dran sein 63ff, 102, 142, 159
- Naturalerfüllung 237
- Naturkatastrophen 66
- Nichtigkeitserklärung gewerblicher Schutzrechte 108ff
- Nominalprinzip 5
- Nutzbarkeit, erhöhte 375

- Nutzen 39, 153, 362
 - gesamtwirtschaftlicher 58f
- Nutzen-Risiko-Argument 71, 77, 153, 304, 324, 335
- nutzloser Aufwand 142ff
 - abstrakte Beherrschbarkeit 139ff
 - Gefahrübergang 152ff
 - Miete 156ff
 - Werkvertrag 157ff
- öffentliche Abgaben 112ff
- öffentliche Lasten, s. öffentliche Abgaben
- Oertmann, GG 19f, 25
- Offenkundigkeit 111
- Oligopol 81, 395
- Opfergrenze 49, 214, 217, 430
- Organisation, s. Sphäre
- Pacht 258, 309f
- Pacht-Fall 349
- Partiarische Verträge 4, 38
- Passagiervertrag 167ff
- Passiva 185
- Patentfähigkeit 108ff
- Pauschalierung 168, 202
- Person, in der Person begründete Störung 193
 - in der Person des ... begründete Störung 197ff
 - in der Person liegender Grund 156, 167ff, s. auch Sphäre
- Planung 1f, 20
- Planungsfehler, Erkennbarkeit 22
- planungswidriger Aufwand, Schadensersatz 8
- Pockenimpf-Fall 288ff
- Prävention 79
- Praktikabilität 77, 158
- Preis als Steuerungsmittel 38
- Preisdifferenzierung 29
- Preisdiskriminierung, s. Preisdifferenzierung
- Preisgefahr 280ff, s. auch Sachmängelgewährleistung; s. auch Sekundärzweckstörung
 - s. nutzloser Aufwand, Gefahr eines, S. 176
- Preisgestaltung 34
- Preisschwankungen 220
- Preissteigerung 218
 - Gefahr 136
- Primärzweckstörungen 2, 53, 69, 139ff, 280ff
 - anfängliche 286
 - anfängliche, Werkvertrag 294
 - Dienstvertrag 297ff
 - homogene 282, 300
 - Kaufvertrag 302ff
 - Miete 281ff
 - Werkvertrag 287ff
- Produktionskosten, Vorteil 81
- Rechenfehler 22
- Rechtsausübung, unzulässige 377
- Rechtsfortbildung, Kritik 17ff
- Rechtskauf, s. Kauf eines Rechtes
- Rechtskreis, s. Sphäre
- Rechtslage, richtige Beurteilung der 100
- Rechtsmangel 104ff, 277f
 - Kenntnis 113ff
 - öffentliche Last 112f
- Rechtsprechungsänderungen 273
- Rechtssicherheit 11, 13, 86
- Redliche Denkweise 39
- Redlichkeit 27
- Rettung 186
- Richtigkeitsgewähr 21
- Risiken, gegenwartsbezogene 100ff
 - gemeinsame Ausklammerung 381
 - heterogene 175, 188f
 - Hinweis auf mangelnde Beherrschung 151
 - homogene 198, 282f
 - vergangenheitsbezogene 100ff
- Risiko, Begriff 20
 - Bewertung 85
 - Deckung 80
 - der Lagerung 154
 - typisches 315
 - Verlagerung auf den Vertragspartner 214
- Risikobereich, s. Sphäre
- Risikobereitschaft 218, 221f
 - individuelle 85, 245, 329
- Risikogeschäft 378, 380
- Risiko-Nutzen 96
 - Kongruenz 376ff
- Risikopolitik 218
- Risikoprämie 86, 92, 94, 138, 151, 173ff, 178, 180, 185, 212, 215, 217, 254, 380, 403
- Risikosphäre, s. Sphäre
- Risikoübernahme 33
- Risikoverteilung, atypische 96f
- Risikozurechnung 53ff
 - in Hinblick auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung 61f
 - verschuldensabhängig 54
- Rückerstattung, Darlehen 256ff
- Rücklagen, s. Risikoprämien
- Rückstellungen, s. Risikoprämien
- Rücktritt 155, 363ff

- Sachen des Arbeitnehmers 71 ff, 418
 Sachherrschaft 148, 153, 161, 193, 343
 Sachkunde 116, 141, 161 f, 177, 212 f, 288,
 291, s. auch Arbeitsteilung
 Sachmängelgewährleistung 115 ff, 142 ff, 339
 – Miete 118 f
 Schadensersatz, s. Beherrschbarkeit, abstrakte
 Schadensersatzverpflichtung 236 ff, 250 ff
 – anfängliche Störung 265 ff
 – objektive anfängliche Unmöglichkeit 277
 Schadensersatz wegen Nichterfüllung 61 f, s.
 auch Surrogat Geld
 Schadensersatz, zukunftsbezogene Risiken
 138
 Schadensneigung 72, 130 f
 Schäden an Sachen des Arbeitnehmers 418 ff
 Schenkungsverträge 4
 Schenkschuld 137, 172, 184
 Schiffer 119 ff, 138
 Schlachthof-Fall 310
 Schlepplohn 167
 Schmidt-Rimpler, Geschäftsgrundlage 20 ff
 Schuld 238
 Schuldnerschonung 50
 Schutzgedanke, arbeitsrechtlicher 393 ff
 Schutzpflicht 341
 Schwere der Störung 228 f
 Seefrachtrecht 138 ff, 167 ff
 Sekundärzweckstörung 2, 36 f, 69 f, 140 ff, 306 ff
 – auf Seiten des Schuldners 368 ff
 – Beherrschbarkeit – Absorptionsvorsprung
 des Schuldners 338 ff
 – heterogene 311 ff, 338
 – homogene 321 ff, 373 f
 – infungible Leistung 363 ff
 – Kaufvertrag 365 f
 – Miete 364
 – Rechtsfolgen 358 ff
 – Sphäre 156
 – Unerreichbarkeit weiterer vom Schuldner
 verfolgter Zwecke 368 ff
 – unvorhersehbares Risiko 311 ff
 – Unvorhersehbarkeit 328 ff
 – Verkehrswert 38
 – Werkvertrag 363 f
 Selbständige Dienst-Werkvertragsschuldner
 414
 Siedlungs-Fall 333
 Sinn des Versprechens 32 ff
 Solvenz des Schuldners, s. Leistungsfähigkeit
 Sozialgedanke 77
 Sozialkatastrophe 47 f
 sozialpolitische Ziele 79
 Sozialschutz 94, 118 f, 167, 182, 189, 252,
 277, 284, 298, 305, 329, 356, 394 ff, 415
 Spekulationsgeschäft 46, 111, 185, 219
 Speziesschuld 56, 137 f
 Sphäre 45 f, 87, 92, 105, 121, 126, 130, 137,
 155, 159 ff, 177, 193 ff, 213 f, 223 f, 235 f,
 246 f, 267, 269, 279, 288 f, 300, 303, 308,
 311, 316, 318, 340, 423, 429
 – Auswirkungs-Kriterium 63 ff
 – des Gläubigers 132 ff, 179 ff
 – in der Person liegender Grund 64
 – Internum 107 ff, 114, 117
 – Materialien 13
 – Mitwirkung des Gläubigers 64
 – neutrale 66, 112, 224 f, 342, 344
 – Personal 127
 – Störung betrifft alle potentiellen Nachfrager
 64
 – Ursprung in der Sphäre 66 ff
 – „von außen“ kommende Störungen 66 ff,
 122, 133, 180 f
 Spiel 111
 Spielautomaten-Fall 332
 Spiritus-Fall 40
 Sportplatz-Fall 369
 Störung, homogene, s. Risiko, homogenes
 – in der Person 281 f, s. auch Sphäre
 – von außen kommend 69, s. auch Sphäre
 Störungen, typische 290
 Stoffmängel, anfängliche, Werkvertrag 160
 – nachträgliche, Werkvertrag 160
 Streuung von Schäden, s. Absorption
 Sturmflut-Fall 288 f
 subjektive Äquivalenz 7, 10, 20
 Surrogat für Leistungsversprechen, Scha-
 densersatz 8, 119
 Symmetrie des Risikoverteilungssystems 77
 Synallagma, funktionelles, ratio 9 ff
 System, selbststeuerndes 80
 Tanzverbot-Fall 322 f
 teleologischer Zirkel 99
 Termingeschäfte 212
 Tod 167 ff
 Traditionspapier 148
 Transaktionskosten 79, 187
 Transport 120 ff, 167 ff
 Transportgefahr 172 ff
 Transportrecht 201 f
 Transportrisiko 172 ff, 184
 Treu- und Fürsorgegedanke 399
 Treu und Glauben 17 f

- Typisierung 155
- typisches Risiko 315

- Übergabe 154, 161
- Übernahmeverschulden 237
- Übervorteilung 29, 39
- Umweltfehler 339
- Unbeherrschbarkeit 132 ff
 - evidente 155, 170, 172, 179, 186 ff, 190 ff
- Unerschwinglichkeit 219
- Unfall 186
- Unmittelbarkeit der Störung 62
- Unmöglichkeit 13
 - anfängliche 100 ff, 108, 141 f,
 - der Rückgabe einer Sicherheit 259 ff
 - Erfüllungszeitraum 139
 - nach Annahmeverzug 132
 - objektive, anfängliche 277
 - subjektive, s. Unvermögen
 - ursprüngliche Konzeption der Risiko-
ordnung 7 ff
 - Werkvertrag 296 f
 - Unterhaltsverträge 4
- Unverhältnismäßigkeit, s. Geschäftsgrund-
lage
- Unvermögen 14, 55, 200
 - anfängliches 67, 102, 231, 265 ff
 - anfängliches, Diebstahl 273
 - nachträgliches 231, 239 f
- Unvorhersehbarkeit 45, 88, 95, 117 f, 133, 311 ff
 - Art des Aufwandes 230 f
 - Aufwandserhöhung, Rechtsfolgen 241 ff
 - Ausmaß der Störung 228 ff
 - kurzfristig abzuwickelnde Verträge 225
 - langfristige Verträge 227
 - Miete 252 f
 - übliche Störungen 225
 - ungewöhnliche Störungen 225
 - Werkvertrag 244 f
- Unzumutbarkeit 70, s. auch Geschäftsgrund-
lage
- Ursprungs-Theorien 66 ff

- venire contra factum proprium 29, 293, 346
- Veränderungsinteressen 77
- Veranlassung 154, 161, 165, 174, 179, 184, 236, 282, 297 f, 311 ff, 321 ff, 401
 - Annahmeverzug 193 ff
 - arbeitsteilige 95 ff, 133, 147, 190 ff
- Veranlassungs-Theorien 70 ff
- Veranlassung, Versicherung 202 f
- Verantwortungsbereich, s. Sphäre
- Verbraucher 82 f, 93 f, 151, 181, 356
- Verderb, innerer 130 f, 167 ff,
- Vergleichsverträge 4
- Verkauf, Forderungen 171 f
- Verkauf von Patentrechten 107 ff
- Verkehrsgefahr, allgemeine 192
- Verkehrssicherheit 11, 13
- Verlustkompensation 234 f
- Vermögenslage 258
- Verpackung 130
- Verschulden 119
- Versendungskauf, s. Schickschuld
- Versicherbarkeit 72, 91 f
- Versicherung 186, 249, 389
- Versprechen 13, 269
 - Gewicht 46
- Vertragsanpassung 69 f
- Vertragsgerechtigkeit 21
 - immanente 29, 32
 - materielle 6, 17 f
- Vertragsinhalt 35
- Vertragsrisiken 51 f
- Vertragstreue 7, 49 f, 77, 230, 302, 313, 329, 337
- Vertragstypen, Risikoverteilungskriterien 53
- Vertrauen 22, 31, 82, 312, 341
- Verwandtschaftsverhältnis 47
- Verwendungsplanung, s. Sekundärzweckstö-
rung
- Verwendungsrisiko 8
- Verzicht 113
- Verzug 239
- Voraussetzungslehre 16
- Vorbenutzungsrecht 107
- Vorhersehbarkeit 45, 68, 88, 215, 216 ff
 - Gefahren aus dem Organisationsbereich 223 f
 - Störungen aus der neutralen Sphäre 224
- Vorratsrisiko 134

- Wagnis 109
- Weisung 73, 130, 165 f, 170 f, 246, 385, 414
- Werkvertrag, s. Aufwandserhöhung
- Wert 171
- Wertpapier 112
- Wertverfall 258
- Wettbewerbsgedanke 14
- Wille, vernünftiger 33
- Windscheid 22
- wirtschaftslenkende Maßnahmen 77, 316
- Wirtschaftsrisiko 207 ff

- Zahlungsfähigkeit 171 f, s. auch Leistungsfähigkeit, finanzielle
Zerstörung des Mietobjektes 250 ff
zukunftsbezogene Risiken 119 ff
Zulieferer 232
Zumutbarkeit 214
Zurechnung erhöhten Aufwandes, s. Aufwands-
erhöhung
Zurechnung von Schäden, s. Schadensersatz-
verpflichtung
Zusicherungen 162
Zwangsversicherung 182
Zweckstörung, s. auch Geschäftsgrundlage;
s. Primär- und Sekundärzweckstörung
– Zweck, einziger 37 f
Zweckvereinbarung 35